لعدم قيام الطالب بإجراء التعديلات المطلوبة منه

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

كلية الشريعة

قسم الفقه

التعليقة الكبرى في الفروع

لأبي الطيِّب طاهر بن عبد الله الطَّبري (ت ٤٥٠هـ)

دراسة وتحقيق

من بداية كتاب الغصب إلى نهاية كتاب الإجارات

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب

محمد بن عليثة بن عسير الفزِّي

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور

عوض بن رجاء بن فريج العوفي

الأستاذ المشارك في قسم الفقه بكلية الشريعة

العام الجامعي ١٤٢٢هـ -١٤٢٣هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ،من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ،وأشهد أنَّ لا إله إلا الله وحده لا شريك له ،وأشهد أنَّ محمداً عبده ورسولهﷺ وعلى آله واتباعه إلى يوم الدين ،أمَّا بعد:

فإنَّ علم الفقه من أهم العلوم وأشرفها ،فقد رغب النبي ﷺ على التفقه في الدين ،وحث عليه بقوله ﷺ ((من يرد الله به خيراً يفقه في الدين))[1] وقد أهتم به العلماء منذ العصر الأول تَعَلُّماً وتعليماً،وأكثروا من التصنيف فيه من المختصرات والمبسوطات ،ومن تلك المصنفات مختصر المزني الذي أهتم به علماء الشافعية اهتماماً كبيراً ،فمنهم من قام بتفسير ألفاظه ،ومنهم من قام بنظمه ،ومنهم من قام بشرحه ،ومن هؤلاء القاضي أبو الطَّيِّب طاهر بن عبد الله الطَّبري والذي قام بشرحه شرحاً تميز بحسن الإسلوب ،وغزارة المادة العلمية ،وذكر مذاهب الفقهاء ،وحججهم مما جعله من أهم الكتب عند الشافعية .[2]

ولذا أحببت أن تكون أطروحتي في مرحلة الماجستير تحقيق جزء من هذا الكِتاب،والذي سبقني إلى تحقيق أجزاء منه مجموعة من الزملاء ،فما كان فيها صواباً فمن الله ،وما كان خلاف ذلك فمني ومن الشيطان وأسال الله عز وجل العفو والغفران.

(١)متفق عليه من حديث معاوية ﷺ فأخرجه البخاري في كتاب العلم، باب من يرد الله به خيراً في الدين ١٩٧/١ ،برقم (٧١) ومسلم في كتاب الإمارة باب قوله ﷺ ((لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم))٥٨/١٣،برقم (١٠٣٨).

(٢) انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ١٣/١/١.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته .

من أهم ما دعاني لاختيار تحقيق جزء من هذا الكتاب القيم ما يلي :

١- قيمة الأصل المعلق عليه ،وهو مختصر المزني ،ومكانة مصنفه عند فقهاء الشافعية بوجه خاص، وعند فقهاء الإسلام بوجه عام .

٢- قيمة التعليقة الكبرى فهي تعدُّ موسوعة ضخمة في الفقه بوجه عام ،وفي الفقه الشافعي بوجه خاص .

٣- مكانة القاضي أبي الطِّيب الطَّبري العلميَّة فهو يعدُّ من أئمة الشافعية ،ومن أصحاب الوجوه .

٤- كثرة ما يورده القاضي أبو الطيب الطبري من الأدلة النقلية والعقلية والتي لها قيمتها العلمية في تأصيل المسائل الفقهية ،وفي إثراء مادة الكتاب العلمية .

٥- أهمية تحقيق المخطوطات الإسلامية ،وخدمتها؛ لما في ذلك من نفع كبير للباحثين ،وإثراء المكتبة الإسلامية .

٦- ما قام به ثلّة من أفاضل الزملاء قبلي من مساهمة، في تحقيق هذا الكتاب القيم ،وحرص قسم الفقه بالجامعة الإسلامية على إتمام هذا المشروع النبيل ،فأردت أن يكون لي نصيب من المشاركة في ذلك . والله الموفق .

خطة البحث:

قسمت الرسالة إلى مقدمة وقسمين :

أمَّا المقدمة فتشتمل على ما يلي :

١- الافتتاحية .

٢- أسباب اختيار الموضوع وأهميته .

٣- خطة البحث .

٤- منهج التحقيق .

٥- الشكر والتقدير .

وأمَّا القسم الأول:

فهو القسم الدراسي : وفيه ترجمة موجزة عن أبي الطيِّب الطَّبري والتعريف بكتابه ، ويتكون من فصلين :

الفصل الأول: ترجمة موجزة عن أبي الطيِّب الطَّبري ،وفيه تسعة مباحث :

المبحث الأول : اسمه ونسبه وكنيته ولقبه .

المبحث الثَّاني : ولادته ونشأته وأسرته .

المبحث الثَّالث: طلبه العلم ورحلاته العلمية.

المبحث الرابع :شيوخه .

المبحث الخامس :تلاميذه .

المبحث السادس: عقيدته.

المبحث السابع :مكانته العلميَّة ومذهبه الفقهيُّ، وثناء العلماء عليه.

المبحث الثامن :تصانيفه .

المبحث التاسع : وفاته .

الفصل الثَّاني :دراسة موجزة عن الكتاب ، وفيه ستة مباحث.

المبحث الأول :اسم الكتاب وتوثيق نسبته لمؤلفه.

المبحث الثَّاني : أهمية الكتاب .

المبحث الثالث :منهج الشارح في كتابه .

المبحث الرابع : مصادر الشارح في كتابه .

المبحث الخامس : الملاحظات على الكتاب .

المبحث السادس : وصف النسخ الخطية.

وأمَّا القسم الثَّاني :فهو النصّ المحقق ،ويبدأ من كتاب الغصب إلى نهاية كتاب الإجارات ،ويشتمل على الكتب التالية :كتاب الغصب ،وكتاب الشُّفعة وكتاب القراض ،وكتاب المساقاة ،وكتاب الإجارات.

وسيكون منهجي في التحقيق على النحو التالي:

١- نسخت الكتاب حسب القواعد الإملائية المعاصرة ،مع وضع علامات الترقيم،وقمت بترقيم المسائل التي أوردها المصنف.

٢- قمت بكتابة نصِّ مختصر المزني بخط أكبر، مع ضبطه بالشكل ،وكذلك قمت بمقابلته بما في مختصر المزني المطبوع؛وذلك لتداوله ،والتنبيه على الفروق بينهما في الحاشية ،فإن كان في المطبوع زيادة أثبتها في المتن بين معقوفين. وأقوم بإتمام نصِّ المزني في الحاشية ؛إذ غالب صنيع الشارح –رحمه الله تعالى-ذكر طرف المسألة ،مع الإشارة إلى تتمتها بقوله ((إلى آخره)) وأحياناً يسكت عن ذلك،وإذا زدت أو صوبت جعلتها بين معكوفين.

٣- اعتمدت نسخة (أ)أصلاً وقابلتها مع النسخة الأخرى (ب).

وكان منهجي في المقابلة على النحو التالي :

أ - أثبت الفوارق بين النسختين إلا في الآيات القرآنية ،وصيغ الثناء على الله عز وجل ، والصلاة والسلام على رسوله ﷺ ،وصيغ الترضي عنى الصحابة رضوان عليهم والترحم على العلماء فإنِّي أثبتها على أكمل وجه في أي من النسختين بدون تنبيه على ذلك.

ب- الكلمات الساقطة من المتن والمثبتة في هامش المخطوط فإنِّي أثبتها في موضعها من المتن دون الإشارة إلى ذلك ،وكذلك الكلمات المكررة حذفتها بدون التنبيه عليها في الحاشية .

ج-إذا وجدت زيادة في (أ) فإنِّي أثبت الزيادة في المتن وأشير في الحاشية إلى أنَّها ساقطة من (ب) .

- فإن كانت هذه الزيادة كلمة أو كلمتين قلت في الحاشية مثلاً:

(جاء) :ساقطة من (ب).

- وإن كانت هذه الزيادة عدة كلمات قلت في الحاشية مثلاً:

من قوله (على أن ليس أن أمنعك...إلى قوله ...قارضتك إلى سنة) ساقط من (ب.)

-إما إذا وجدت الزيادة في (ب)فإنّي أثبت هذه الزيادة في المتن ،وأضعها بين معقوفين وقلت في الحاشية مثلاً:

[هذا]ساقط من(أ)،إن كان الكلام لا يستقيم إلا بها،وإلا قلت[هذ]زيادة من (ب)

د-إذا اختلفت النسختان وكان الصواب في النسخة (أ) أثبته وأشرت في الحاشية إلى ما في النسخة الأخرى ،وإن كان الصواب ما في النسخة (ب) أثبته بين معقوفين وأشرت في الحاشية إلى ما في النسخة الأخرى .

٤- أشير إلى نهاية كل لوحة في المخطوط بخط مائل عند نهاية كل لوحة ،مع وضع رقم الجزء واللوحة من نسخة (أ) ،في الهامش الأيسر .

وأما نسخة (ب) فأشير إليه في الحاشية .

٥- عزوت الآيات الكريمة إلى مواضعها في القران الكريم مبيناً اسم السورة ورقم الآية مع كتابتها برسم المصحف وضبطه.

٦- خرجت الأحاديث النبوية من كتب السُّنة -وذلك عند أول موضع يرد فيه الحديث ،فإن ورد بعد ذلك أحلت إلى الموضع السابق ،فإن كان الحديث في الصحيحين ،فإنّي أكتفي بالعزو إليهما أو إلى ما وجد فيه منهما،وأمَّا إذا كان الحديث في غير الصحيحين فإنّي أخرجه من كتب السُّنة الأخرى مع بيان درجته من حيث الصحة والضعف وذلك بالرجوع إلى أقوال أهل العلم في ذلك.

٧- خرجت الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين من مظانها .

٨- قمت بالتعليق العلمي على المسائل الواردة في الكتاب .

٩- إذا ذكر المؤلف قولين أو وجهين أو أكثر للشافعية فإنّي أشير في الحاشية إلى الصحيح منها والمعتمد في المذهب ، وكذلك إذا ذكر أنَّ في المسألة قولين أو

أكثر وذكر أحدهما و لم يذكر الآخر فإنّي أذكر القول الآخر مبيناً المعتمـــد في المذهب .

١٠- وثقت أقوال العلماء ،والأدلة العقلية ،والاعتراضات والردود ونحــو ذلــك ، وكذا توثيق النقول الواردة في النص المحقق ،وذلك بالرجوع إلى مصادرهـــا المتخصصة ،أو بواسطة كتب أخرى تهتم بالنقل عنهم .

١١- عرّفت بالكتب التي أعتمد عليها المؤلف ،ونصَّ على ذكرها .

١٢- عرّفت بالمصطلحات العلمية ،وبالأماكن التي وردت في النص المحقق .

١٣- شرحت غريب اللغة وضبطت المشكل منها بالشكل ،وبالحروف إن احتـــاج إلى مزيد ضبط .

١٤- نسبت الأبيات الشعرية إلى قائلها ،ووثقتها من مصادرها .

١٥- ترجمت ترجمةً موجزة للأعلام غير المشهورين الوارد ذكرهم في النص المحقق.

١٦- وضعت فهارس عامة للكتاب على النحو التالي :-

أ- فهرس الآيات القرآنية الكريمة على حسب ترتيبها في المصحف الشريف .

ب- فهرس الأحاديث والآثار مرتبة على حروف المعجم .

ج- فهرس الأعلام المترجم لهم مرتبة على حروف المعجم.

د- فهرس الأشعار مرتبة على حروف المعجم.

هـ- فهرس المصطلحات العلمية ،وغريب اللغة مرتبة على حروف المعجم.

و- فهرس الأماكن والبلدان مرتبة على حروف المعجم

ز- فهرس المصادر والمراجع مرتبة على حروف المعجم.

ح- فهرس الموضوعات.

شُكْرٌ وَتَقْدِيْر

أحمد الله عز وجل ،وأشكره سبحانه وتعالى على آلائه العظيمة ونعمة الجسيمة ،وعلى ما منَّ به سبحانه عليَّ من إتمام هذه الرسالة ،سائلاً الله عزَّ وجلَّ أن يجعله عملاً خالصاً لوجه الكريم .

كما لايفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساهم في إعداد هذا البحث وعلى رأسهم **فضيلة الشيخ الدكتور /عوض بن رجاء العوفي حفظه الله** والذي لم يأل جهداً في التوجيه والإرشاد، فكان نعم الموجه والمرشد،ولقد استفدت من توجيهاته القيمة ،وملاحظاته السديدة ، فجزاه الله عني خير الجزاء ،وبارك له في وقته وعمره ،وعلمه ،وولده .

وكذا أشكر القائمين على هذا الجامعة المباركة على ما قدمته وتقدمه لأبناء العالم الإسلامي من علم شرعي ،فأسأل الله عز وجل أن يوفقهم لكل خير وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العلمين .،وصلَّ اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

القسم الدراسي

وفيه فصلان

الفصل الأول: ترجمة موجزة عن أبي الطيِّب الطَّبري .

الفصل الثَّاني :دراسة موجزة عن الكتاب.

الفصل الأول: ترجمة موجزة عن أبي الطيِّب الطَّبري ،وفيه تسعة مباحث :

المبحث الأول : اسمه ونسبه وكنيته ولقبه .

المبحث الثَّاني : ولادته ونشأته وأسرته .

المبحث الثَّالث: طلبه العلم ورحلاته العلمية.

المبحث الرابع :شيوخه .

المبحث الخامس :تلاميذه .

المبحث السادس: عقيدته.

المبحث السابع :مكانته العلميَّة ومذهبه الفقهيُّ، وثناء العلماء عليه.

المبحث الثامن :تصانيفه .

المبحث التاسع : وفاته .

المبحث الأول :اسمه ونسبه وكنيته ولقبه :[1]

اسمه: طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطَّبري البغدادي .

الشَّافعي.كذا ذكر أكثر من ترجم له .[2]

وتفرَّد الصفدي بذكر اسم الجد الثالث للطبري فقال : عبد الله بن عمر الطَّبري.[3]

والطَّبري:[4] نسبة إلى بلده طَبَرْسَتَان.[5]

---

[1] مصادر ترجمته :تأريخ بغداد ٣٥٨/٩، طبقات الشيرازي ص١٣٥،الأنساب للسمعاني ٤٧/٤،المنتظم ٣٩/١٦، طبقات ابن الصلاح ٤٩١/١،طبقات العبادي ص١١٤،اللباب لابن الأثير ٢٧٤/٢،تأريخ نيسابور ص٤١٤،طبقات ابن السبكي ١٢/٥،تهذيب الأسماء واللغات ٢٤٧/٢،وفيات الأعيان ٥١٢/٢،الوافي بالوفيات ٤٠١/١٦،العبر ٢٩٦/٢،البداية والنهاية ٧٩/١٢،طبقات ابن كثير ١٢/١، سير أعلام النبلاء ٦٦٨/١٧،طبقات الشافعية لابن قاض شهبه ٢٣٢/١،النجوم الزاهرة ٦٣/٥، ذيل مولد العلماء ص٢٠٤،صفوة الصفوة ٤٩٢/٢،طبقات الإسنوي ٥٨/٢،شذرات الذهب ٢٨٤/٣، التقييد ص٣٠٣،كشف الظنون ٤٢٤/١،١١٠٠/٢،١٢٥٧،١٦٣٥، هدية العارفين ٤٢٩/٥، الأعلام ٢٢٢/٣، معجم المؤلفين ١٢/٢،العقد المذهب ص٩٠، تأريخ التراث العربي ١٩٥/٢.

[2] انظر/ تأريخ بغداد ٣٥٨/٩، طبقات ابن السبكي ١٢/٥، تهذيب الأسماء واللغات ٢٤٧/٢،سير أعلام النبلاء ٦٦٨/١٧.

[3] الوافي بالوفيات ٤٠١/١٦.

[4] انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢٤٧/٢،طبقات الشافعية لابن قاض شهبه ٢٣٢/١.

[5] طبرستان بفتح أوله وثانيه وإسكان الراء المهملة وفتح السين المهملة وفتح التاء المثناة ،كذا ضبطها البكري في معجم ما استعجم ،وضبطها الحموي في معجم البلدان بفتح أوله وثانية وكسر الراء،مدينة معروفة من خرسان أعيان بلدانها دهستان ،وجرجان ،واستراباذ ،وآمل ، وسميت بذلك؛ لأن الشجر كان حولها فلم تصل إليها جنود كسرى حتى قطعوه (بالفؤوس) و(الطبر) و(التبر) بالفارسية الفأس ولذلك قيل طبرزين وأستان الشجر افتتحت سنة ١٤٢هـ.

انظر/ اللباب لابن الأثير ٢٧٤/٢، معجم ما استعجم ٨٨٧/٢، معجم البلدان ١٣/٤-١٤.

والبغــــدادي: نســـبة إلى بغـــداد وذلـــك ؛لأنَّـــــه ســـــكنها في آخر أمره .[1]

كنيته : و يكنى -رحمه الله- بأبي الطيِّب.[2]

لقبه :

القاضي[3]وذلك لأنَّه ولي القضاء برُبْع الكَـــرْخ[4] ســـنة ســـت وثلاثـــين وأربعمائة،[5] وقضاء باب الطاق،[6] [7] وبقي بها إلى أن تـــوفي ،فـــإذا ذكـــر العراقيـــــــون (القـــــــاضي) في فـــــــنِّ الفقـــــــه فمرادهم أبو الطيِّب.[8]

---

[1] انظر/ وفيا ت الأعيان ٢/٥١٥،تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٧،سير أعلام النبلاء ١٧/٦٦٨.

[2] انظر/ تأريخ بغداد ٩/٣٥٨، العقد المذهب ص٩٠،طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه ١/٢٣١.

[3] انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٧، طبقات ابن السبكي ٥/١٢، طبقات الشافعية لابن قاض شهبه ١/٢٣١،الوافي بالوفيات ١٦/٤٠١.

[4] الكَرْخ: بفتح أوله ،وإسكان ثانيه بعده خاء معجمه، (نبطي)ليس من كلام العرب ،وهي مدينة صغيرة عامرة بشرق دجلة في الجانب الغربي من بغداد .انظر/معجم ما استعجم ٤/١١٢٤،الـــروض المعطـــار ص٤٩٠-٤٩١.

[5] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٧/٦١٥.

[6] باب الطاق محلة كبيرة ببغداد بالجانب الشرقي تعرف بطاق أسماء.انظر/ معجم البلدان ١/٣٠٨.

[7] انظر/ تأريخ نيسابور ص٤١٤، البداية والنهاية ١٢/٥٢.

[8] انظر/طبقات ابن السبكي ٥/١٥، مختصر طبقات الفقهاء للنووي ص٤٣٠، طبقـــات ابـــن الصـــلاح ١/٤٩٢.

ومن ألقابه : أحد أئمة المذهب وشيوخه، [1] الإمام، [2] الإمـــام البـــارع ، [3] العلامة، [4] شيخ الإسلام. [5]

[1] انظر/ طبقات ابن كثير ١/٤١٢، طبقات ابن قاضي شهبه ١/٢٣١.

[2] سير أعلام النبلاء ١٧/٦٦٧.

[3] انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٧.

[4] انظر/ طبقات ابن كثير ١/٤١٢، طبقات ابن قاضي شهبه ١/٢٣١.

[5] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٧/٦٦٨.

المبحث الثاني :ولادته ونشأته وأسرته .

ولد أبو الطيِّب الطَّبري بآمُل [1] سنة ثمان وأربعين وثلاث مائة ٣٤٨هـ. [2]

ونشأ أبو الطيِّب الطَّبري ببلده آمُل ،وبدأ طلب العلم بها ، يدرس الفقه ،ويتعلم العلم ،وله أربع عشرة سنة فلم يُخِلَّ به يوماً واحداً إلى أن مات . [3]

وهذا يدلُّ على حرصه في طلب العلم ومثابرته عليه ،فدرس الفقه على أبي علي الزُّجَاجي وغيره من علماء بلده . [4] [5]

وسيأتي مزيد تفصيل عن رحلاته العلمية في المبحث الثالث . [6]

أمَّا ما يخصُّ أسرة القاضي أبي الطيِّب، فلم تَجُدِ المصادر بالكثير عنهم ومما وقفت عليه منهم ما يلي:

أخٌ له :فقد حكى ابن خَلِّكان أنَّه كان له ولأخيه عمامة واحدة ،وقميص واحد، إذا لبسهما هذا جلس الآخر في البيت لا يخرج منه، وإذا لبسهما

---

[1] آمُل :بضم الميم بعد المد وآخره اللام، اسم أكبر مدينة بطبرستان في السهل ؛لأنَّ طبرستان سهل وجبل وهي في الإقليم الرابع وهي مدينة متوسطة القدر .

انظر/ معجم البلدان ٥٧/١، الروض المعطار ص٥.

[2] انظر/ طبقات الشيرازي ص١٣٥، تأريخ بغداد ٣٥٩/٩، اللباب لابن الأثير ٢٧٤/٢،صفوة الصفوة ٤٩٢/٢، سير أعلام النبلاء ٦٦٨/١٧.

[3] انظر/ صفوة الصفوة ٤٩٤/٢،المنتظم ٣٩/١٦.

[4] وستأتي ترجمته في المبحث الرابع شيوخ المصنف ص٢٧ .

[5] انظر/تهذيب الأسماء واللغات ٢٤٧/٢، وفيات الأعيان ٥١٤/٢،طبقات ابن قاضي شهبه ٢٣٢/١، الوافي بالوفيات ١٦/ ٤٠٢.

[6] ص١٨.

هـــذا احتـــاج الآخــــر أن يقعــــد في البيــــت ولا يخـــرج منـــه ،وإذا غســـلاهما جلســـا في البيـــت إلى أن ييبســـا،وقـــد دخلـــوا عليـــه يومـــاً فوجـــدوه عريانـــاً مؤتـــزراً بمئزر فـــاعتذر مـــن العـــري و قـــال نحن كما قال الشاعر :

قومٌ إذا غسلوا ثياب جمالهم لبسوا البيوت إلى فراغ الغاسل [١]

زوجته :فقد ذكر أبو الوليد الباجي [٢] أنَّ زوجته لما توفيـــت احتفـــل النـــاس بمجالســـته، واجتمعـــوا في مســـجده ،علـــى العـــادة الجاريةَ في ذلك الوقت . [٣]

ابنته :وذُكر أنّه زوَّجها تلميـــذه القـــاضي أبـــا الحســـن محمَّـــد بـــن محمَّـــد البيضاوي. [٤]

سبطاه :ابنا أبي الحسن البيضاوي :

أ-أبو القاسم علي بن محمَّد البيضاوي . [٥]

ب- أبو عبد الله محمَّد البيضاوي . [١]

---

[١]وفيات الأعيان ٢/٥١٤.

وانظر/ البداية والنهاية ١٢/٨٠، الوافي بالوفيات ١٦/٤٠٢.

[٢] ستأتي ترجمته في مبحث تلاميذ المصنف ص٣٤.

[٣] طبقات الشافعية للسبكي ٤/٢٤٥.

[٤]ستأتي ترجمته في مبحث تلاميذ المصنف ص٣٣.

[٥]أبو القاسم علي بن أبي الحسن محمَّد بن محمَّد بن عبد الله البيضاوي ،سبط القاضي أبي الطيِّب الطَّـــبري ،مات شاباً في شهر رمضان سنة ٤٥٠ في حياة والده ،بعد موت جده لأمه القاضي أبي الطيِّب بســـتة شهور . انظر/ طبقات الشافعية للسبكي ٥/٢٩٢.

المبحث الثَّالث : طلبه العلم ورحلاته .

كما ذكرنا سابقاً أنَّ القاضي أبا الطيِّب بدأ طلبه العلم في بلده آمُل ،وأكبَّ على تعلم الفقه وهو في الرابعة عشر من عمره، [٢] وكما هي عادة طلبة العلم في ذلك العصر من الارتحال في طلب العلم فقد ارتحل أبو الطيِّب إلى جُرْجَان[٣] – وكان في الثالثة والعشرين من عمره – رغبة في لقاء أبي بكر الإسماعيلي [٤] والأخذ منه ولكن توفي قبل أن يلقاه، يقول أبو الطيِّب الطَّبري : ((خرجت إلى جُرْجَان للقاء أبي بكر الإسماعيلي والسماع منه ،فوصلت إلى البلد في يوم

---

[١] أبو عبد الله محمَّد بن محمَّد بن عبد الله البيضاوي حدث بشيء يسير عن أبي القاسم عمر بن الحسين الحقاف ، أحد الفقهاء الشافعيين ، تولى القضاء بربع الكرخ نيابة عن جده أبي الطيِّب توفي سنة سبعين وأربعمائة عن نيف وأربعين سنة .

انظر/ طبقات الشافعية للإسنوي ١/١١٥-١١٦، المنتظم ١٦/١٩٧، البداية والنهاية ١٢/١١٩.

[٢] كما تقدم في ص١٥.

[٣] جُرْجَان بالضم وآخره نون وهي مدينة مشهورة عظيمة من عمل خراسان، وهي مدينة كبيرة جداً ليس لها نظير في نواحيها ،وجرجان اسم المدينة الشرقية واسم الغربية بكر أباذ وهي أصغر من جرجان .

وهي الآن في دولة إيران.

انظر/ معجم البلدان ٢/١٨٩، معجم ما استعجم ٢/٣٧٥،الروض المعطار ص٢٦٠، أطلس التأريخ الإسلامي ١١،٣٣.

[٤] أبو بكر أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل بن العباس الجرجاني الإسماعيلي الشافعي ،شيخ الشافعية ،مولده في سنة سبع وسبعين ومائتين ،روى عن إبراهيم بن زهير الحلواني، وحمزة بن محمَّد الكاتب ،ويوسف بن يعقوب القاضي مصنف السنن، واحمد بن محمَّد بن مسروق ، حدث عنه الحاكم وأبو بكر البرقاني وحمزة السهمي وأبو حازم العبدوي والحسين بن محمَّد الباشاني ، ومن تصانيفه: مسند عمر رضي الله عنه ،والمستخرج على الصحيح وغير ذلك . مات أبو بكر في غرة رجب سنة إحدى وسبعين وثلاث مائة عن أربع وتسعين سنة.

انظر/ سير أعلام النبلاء ١٦/٢٩٢-٢٩٦،طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه ١/١٣٩.

الخميس ،فاشتغلت بدخول الحمَّام ولمَّا كان من الغد رأيت أبا سعد بن أبي بكر الإسماعيلي [1] ،فأخبرني أنَّ أباه قد شرب دواء لمرض كان به، وقال لي : تجيء في صبيحة غد لتسمع منه، فلمَّا كان في بُكْرة يوم السبت غدوت للموعد، وإذا الناس يقولون :مات أبو بكر الإسماعيلي ،فنظرت وإذا به قد توفى في تلك الليلة)). [2]

وأخذ أبو الطيِّب من بقيَّة علماء جُرْجَان فقرأ على أبي سعيد الأسماعيلي [3] ، وعلى القاضي أبي القاسم بن كُجّ، [4][5] وسمع من أبي أحمد بن الغطريف [6] جزءاً [7] تفرد في الدنيا بعلوه. [8]

ثم أرتحل إلى نَيْسابور[9] ولازم أبا الحسن الماسَرْجِسيِّ [1] أربع سنوات ،وعليه درس الفقه[2] ،ودرس أصول الفقيه في أَسْفَرَايِيْن [3] على

---

[1] ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٦.

[2] تأريخ بغداد ٣٥٩/٩، و انظر/ سير أعلام النبلاء ١٧/ ٦٦٩.

[3] انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢٤٧/٢،طبقات ابن كثير ٤١٣/١،الوافي بالوفيات ٤٠٢/١٦.

[4] ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٨

[5] انظر/تهذيب الأسماء واللغات ٢٤٧/٢،طبقات ابن كثير ٤١٣/١،الوافي بالوفيات ٤٠٢/١٦.

[6] ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٢.

[7] الجزء: عند أهل الحديث : جمع الأحاديث المروية عن رجل واحد من الصحابة ،أو من بعدهم،أو جمع الأحاديث المروية في موضوع واحد .انظر/ الرسالة المستطرفة لبيان مشهور كتب السنة المصنفة ص٨٦.

[8] انظر/ تأريخ بغداد ٣٥٨/٩، سير أعلام النبلاء ٦٦٨/١٧، طبقات ابن كثير ٤١٣/١.

[9] نَيسابور :بفتح أوله والعامة يسمونه نشاوور وهي مدينة عظيمة من بلاد خرسان وكان المسلمون فتحوها في أيّام عثمان بن عفّان رضي الله عنه سنة ٣١، والأمير عبد الله بن عامر بن كرُيز صلحاً وبنى بها جامعاً.

وقيل: إنها فتحت في أيام عمر رضي الله عنه على يد الأحنف بن قيس وإنما انتقضت في أيام عثمان فأرسل إليها عبد الله بن عامر ففتحها ثانية .

وهي الآن مدينة إيرانية تقع ناحية الشمال الشرقي للبلاد .

انظر/ معجم البلدان ٣٣١/٥،الموسوعة العربية العالمية ٦٢٤/٢٥.

أبي إسحاق إبراهيم بن محمَّد الإسفراييني [4] ، وسمع أيضاً من شيوخ نَيْسابور. [5]

ثم ارتحل إلى بغداد والتي كان فيها الكثير من العلماء فدرس على الشيخ أبي حامد الإسفراييني [6] وسمع من موسى بن محمد بن جعفر [7] ،وأبي الحسن الدارقطني [8] ،والمعافا بن زكريا [9] ، والجريري[10] وغيرهم ،[11] ومازال أبو الطيِّب يثابر في طلب العلم حتى بلغ مكانة عالية، واصبح مقصد طلبة العلم ،وكان ممن أخذ العلم عنه أبو إسحاق الشيرازي ،والخطيب البغدادي [12] وغيرهما.

---

(1) ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٢

(2) انظر/ تأريخ بغداد ٩/٣٥٩، طبقات ابن كثير ١/٤١٣، الوافي بالوفيات ١٦/٤٠٢.

(3) أَسْفَرَايِيْن :بالفتح ثم السكون وفتح الفاء وراء وألف وياء مكسورة وياء أخرى ساكنة ونون ،بليدة حصينة من نواحي نيسابور على منتصف الطريق من جرجان واسمها القديم مهرجان سماها بذلك بعض الملوك لخضرتها ونضارتها. معجم البلدان ١/١٧٧.

(4) ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٣٠.

انظر/ طبقات الشيرازي ص١٣٤.

(5) انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٧.

(6) ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٩

و انظر/ طبقات الإسنوي ٢/٥٨، طبقات ابن كثير ١/٤١٣.

(7) ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٥.

(8) ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٤

(9) ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٥.

(10) ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٥

(11) انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٧،سير أعلام النبلاء ١٧/٦٦٩،طبقات الشافعية للقاضي شهبة ١/٢٣٣،التقييد ص٣٠٣

(12) ستأتي ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٣٢.

ثم ولِيَ أبو الطيِّب الطَّبري قضاء الكَرْخ بعد موت القاضي أبي عبد الله الصَّيْمَرِي الحنفي [(١)] سنة ست وثلاثين وأربع مائة ،فلم يزل على القضاء إلى حين وفاته. [(٢)]

ومن قضائه ما ذكره الحافظ ابن كثير في ترجمة الحسن بن محمَّد ابن أبي الفضل الوالي أنَّه قتل مرة رجلاً في ضرب بين يديه، فادُّعى عليه عند القاضي أبي الطيِّب ، فحكم عليه بالقصاص ،ثُمَّ فادى عن نفسه بمال جزيل حتى خلص. [(٣)]

(١) هو القاضي أبو عبد الله الحسين بن علي بن محمَّد الصَّيْمَري الحنفي ، روى عن هلال بن محمَّد، والمفيد وابن شاهين ،والحربي ،وعنه الخطيب ،وعبد العزيز الكتاني، والقاضي أبو عبد الله الدامغاني وآخرون مات في شوال سنة ست وثلاثين وأربع مائة عن إحدى وثمانين سنة.

انظر/ سير أعلام النبلاء ١٧/٦١٥-٦١٦.

(٢) انظر/تأريخ بغداد ٩/٣٥٩، تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٧،سير أعلام النبلاء ١٧/٦٦٩.

(٣) انظر/ البداية والنهاية ١٢/٨٥.

المبحث الرابع :شيوخه .

تتلمذ القاضي أبو الطيِّب الطَّبري علي كثير من العلماء سواء الذين كانوا ببلده أو في البلاد التي ارتحل إليها ،فأخذ عنهم الفقه ،والحديث، والأصول ،وهذه أسماء من وقفت عليه من شيوخه مرتبة على حسب تأريخ وفياتهم :

١-الإمام الحافظ أبو أحمد محمَّد بن أحمد بن حسين بن القاسم بن السَّري بن الغِطْريف بن الجهم العَبْدي الغِطْرِيفي الجُرْجَاني الرِّبَاطِي الغازي ،ولد سنة بضع وثمانين ومائتين .

سمع أبا خليفة الجمحي فأكثر عنه، والحسن بن سفيان، وعمران بن موسى بن مجاشع، وعبد الله بن ناجية ،وأبا العباس بن سريج شيخ الشافعية.

حدث عنه :رفيقه الإمام أبو بكر الإسماعيلي ،و أبو نعيم الحافظ ،وحمزة السَّهْمِي، ورضى بن إسحاق النصري، والقاضي أبو الطيِّب الطَّبري توفي في رجب سنة سبع وسبعين وثلاث مائة. (١)

٢-موسى بن محمَّد بن جعفر بن عرفة السِّمْسَار أبو القاسم البغدادي.

روى عن محمَّد بن جرير ،وأبي يعلى الموصلي وغيرهم.

روى عنه القاضي أبو الطيِّب الطَّبري ،وأبو حازم بن الفراء ،وأبو الحسن العتقى، مات سنة ثمانين وثلاث مائة. (٢)

٣-العلامة شيخ الشافعية أبو الحسن محمَّد بن علي بن سهل بن مصلح النَّيسابوري الشَّافعي الماسَرْجِسيِّ سبط المحدث الحسن بن عيسى ابن ماسَرْجَس.

---

(١) انظر/ سير أعلام النبلاء ٣٥٤/١٦-٣٥٥،لسان الميزان ٣٥/٥.

(٢)انظر/ لسان الميزان ١٣٠/٦.

سمع من :خاله مؤمل بن الحسن ،وأبي حامد بن الشـــرقي ،وأبي ســعيد ابــن الأعرابي ومكيٍّ بن عبدان ،وخلق كثير ،وتفقه بأبي إسحاق المروزي وصحبــة إلى مصر وصار معيد أبي علي ابن أبي هريرة ،ولحق بمصر أصحاب الربيع والمزني.

وبه تفقه: القاضي أبو الطيِّب الطَّبري وجماعة، وروى عنه الحاكم، وأبو نعيــم وأبو طالب يحيى بن علي الدَّسْكَري ،وأبو عثمان الصابوني وآخرون .

وتوفي في جمادى الآخرة سنة أربع وثمانين وثلاث مائة عن ست وســبعين ســنة وقيل توفي سنة ثلاث وثمانين [1] .

٤-أبو القاسم إسماعيل بن عباد بن عباس الطَّالِقَاني الأديب الكاتب وزير الملــك مؤيِّد الدولة بُوَيْه بن ركن الدولة .

وسمع من :أبي محمَّد بن فارس بأصبهان ،ومن أحمد بن كامل القاضي ،وطائفـــة ببغداد .

روى عنه: أبو العلاء محمَّد بن حسُّول ،وعبد الملك بن علي الرازي، وأبو بكــر بن أبي علي الذَّكْواني ،وأبو الطيِّب الطَّبري ،وأبو بكر بن المقرئ شيخه.

له تصانيف في اللغة : منها المحيط ، والكافي .

مات في صفر سنة خمس وثمانين وثلاث مائة عن تسع وخمسين سنة . [2]

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٦/٤٤٦-٤٤٧، تهذيب الأسماء واللغات ١ /٢/٢١٢ ، الطبقات للإسـنوي (٢/٣٨٠) .

طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٦٩-١٧٠.

[2] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٦/٥١٢-٥١٤،لسان الميزان ١/٤١٣-٤١٤.

٥-الإمام أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار بن عبد الله الدارقطني البغدادي المقرئ المحدث من أهل محله دار القطن ببغداد .

ولد سنة ست وثلاث مائة.

وسمع من أبي القاسم البغوي ،ويحيى بن محمَّد،وأبي بكر بن أبي داود وغيرهم.

حدث عنه: الحافظ أبو عبد الله الحاكم ،والحافظ عبد الغني، وتمام بن محمَّد الرازي ،والفقيه أبو حامد الاسفراييني ،والقاضي أبو الطيِّب الطَّبري ،وآخرون .

توفي بغداد في ذي القعدة سنة خمس وثمانين وثلاثمائة عن تسع وسبعين سنة[1].

٦- الشيخ أبو الحسن علي بن عمر بن محمَّد بن الحسن بن شاذان الحِمْيَري البغدادي الحربي السُّكَّري ويعرف أيضاً بالصَّيْرَفِي وبالكَيَّال .

ولد سنة ست وتسعين ومائتين .

وسمع من :أحمد بن الحسن بن عبد الجبار ،وعباد بن علي السِّيريني، وعلي بن سراج وغيرهم.

حدث عنه القاضي أبو الطيِّب الطَّبري ،وأبو القاسم الأزهري، وأبو محمَّد الخلال ،وأحمد بن محمَّد العتيقي ،وأبو القاسم التَّنوخي، والقاضي أبو يعلى وغيرهم.

توفي في شوال سنة ست وثمانين وثلاث مائة. [2]

---

[1] انظر/ تأريخ بغداد ٣٤/١٢، سير أعلام النبلاء ٤٤٩/١٦-٤٥٢،وفيات الأعيان ٤٥٩/٢،طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٦٤/١.

[2] انظر/ المنتظم ٣٤٨/١٤،سير أعلام النبلاء ٥٣٨/١٦-٥٣٩.

٧-الإمام الحافظ المجوِّد البارع أبو بكر محمَّد بن عبد الله بن محمَّد بن زكريَّا الشيباني الخراساني الجَوْزَقِيُّ، وجَوْزَق من قرى نَيْسابور [(١)] .

وسمع من: أبي العباس السَّراج أحاديث، ومن أبي نعيم بن عَدِيٍّ،وأبي العباس الدَّغُولي ،ومكيٍّ بن عَبْدان وخلق سواهم.

حدث عنه: الحاكم، وأبو سعد الكَنْجَروُذِي، وأبو عثمان البَحِيري ،ومحمَّد بن علي الخشَّاب ،وسعيد العيَّار،وأبو الطيِّب الطَّبري وآخرون.

وله: الصحيح المخرج على كتاب مسلم ،وكتاب المتفق الكبير.

مات في شوال سنة ثمان وثمانين وثلاث مائة وله اثنتان وثمانون سنة [(٢)]

٨-العلامة الفقيه أبو الفرج المُعَافَى ابن زكريَّا بن يحيى بن حميد النَّهْرُوَانِيُّ الجَرِيرِيُّ ، نسبة إلى رأي ابن جرير الطَّبري ،ويقال له ابن طَرَارا.

سمع: أبا القاسم البغوي، وأبا محمَّد بن صاعد ،وأبا بكر بن أبي داود ،وأبا سعيد العدوي ،وأبا حامد الحضرمي ،وخلقاً كثيراً.

وحدث عنه: أبو القاسم عبيد الله الأزهري، والقاضي أبو الطيِّب الطَّبري، وأحمد بن عمر بن روح ،وأبو علي محمَّد بن الحسين الجازري ،وخلق سواهم .

وله تفسير كبير،وله كتاب الجليس والأنيس في مجلدين.

مات المُعَافَى بالنَّهْرُوَان في ذي الحجة سنة تسعين وثلاث مائة، وله خمس وثمانون سنة . [(٣)]

---

(١) انظر/ معجم البلدان ١٨٤/٢.

(٢) انظر/ سير أعلام النبلاء ٤٩٣/١٦-٤٩٤،معجم البلدان ١٨٤/٢،تذكرة الحفاظ ١٠١٣/٣-١٠١٤، طبقات الحفاظ ص٤٠٢.

(٣) انظر/ تذكرة الحفاظ ١٠١٠/٣،سير أعلام النبلاء ٥٤٤/١٦-٥٤٥.

٩-العلامة شيخ الشافعية أبو سعد إسماعيل بن أبي بكر أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل بن العباس الإسماعيلي الجُرْجَانيُّ الشَّافعيُّ .

ولد سنة ثلاث وثلاثين وثلاث مائة .

وحدث عن أبيه، وأبي العباس الأصمِّ ،وأحمد بن كامل القاضي ،وابن دُحَيْم الشَّيْباني ،وعمر بن حفص المكيِّ .

حدث عنه بنوه المُفَضَّل، ومَسْعَدة ،وسعد ،والسَّرِيُّ ،وأبو محمَّد الخلال ،وحمزة بن يوسف السَّهْمِيُّ وأبو الطيِّب وخلق سواهم .

صنف في أصول الفقه كتاباً كبيراً .

توفي في نصف ربيع الآخر ليلة جمعة سنة ست وتسعين وثلاث مائة. [1]

١٠-شيخ المالكيَّة القاضي أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي ابن القصَّار .

حدث عن: علي بن الفضل السُّتُورِي وغيره .

روى عنه أبو ذرٍّ الحافظ، وأبو الحسين بن المهتدي بالله ،وكان من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأَبَهْرِي يذكر مع أبي القاسم الجَلاب.

له كتاب في مسائل الخلاف كبير .

مات في ثامن ذي القعدة سنة سبع وتسعين وثلاث مائة ويقال مات سنة ثمان والأول أصح . [2]

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٧/٨٧-٨٨، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٥٨.

[2] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٧/١٠٧-١٠٨.

١١-علي بن إبراهيم بن الهيثم أبو الحسين البيضاوي الورّاق سكن بغداد.

وحدَّث بها عن أحمد بن عبد الرحمن بن الجارود الرَّقيِّ ،وأبي القاسم الطَّـــبراني وأبي علي الطُّوماري .

حدث عنه الأزهري، والقاضي أبو الطيِّب الطَّبري

توفي في ذي القعدة سنة سبع وتسعين وثلاثمائة . [١]

١٢-شيخ الشافعية أبو محمَّد عبد الله بن محمَّد البخاري المعروف بالبَافِي نســـبة إلى إحدى قرى خُوَارِزْم [٢] ، نزيل بغداد ،وتلميذ أبي علـــي بـــن أبي هريـــرة ،وأبي إسحاق المَرْوزِي،وأخذ عن الدَّاركي وكان من أصحاب الوجوه.

روى عنه: أبو القاسم التَّنوخي ،وتفقه به جماعة وممن أخـــذ عنـــه أبـــو الطيِّـــب، والماوردي .

مات البافي في المحرم سنة ثمان وتسعين وثلاث مائة. [٣]

١٣-القاضي الحسن بن محمَّد بن العباس القاضي أبو علي الطَّبري الزُّجَاجِيُّ بضـــم الزاي وتخفيف الجيم .

أخذ عن ابن القاصِّ .

أخذ عنه فقهاء آمُل ودرس عليه القاضي أبو الطيِّب.

وله كتاب زيادات المفتاح ، وله كتاب في الدَّور علَّقه عن ابن القاصِّ.

توفي في حدود الأربعمائة . [٤]

---

[١] تأريخ بغداد ٣٤٢/١١.

[٢] انظر/ معجم البلدان ٣٢٦/١.

[٣] انظر/ تأريخ بغداد ١٣٩/١٠،سير أعلام النبلاء ٦٨/١٧-٦٩-طبقات الشافعية لابن قـــاضي شـــهبة ١٦٢/١.

[٤] انظر/ طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٤٢/١.

١٤- الحسين بن محمَّد بن الحسن أبو عبد الله الفقيه الطَّبري يعرف بالحَنَّاطي .
حدَّث عن :عبد الله بن عَدِيٍّ، وأبي بكر الإسماعيلي الُجرْجَانيَّين ،وأخذ الفقه عن أبيه عن ابن القاصّ ،وأبي إسحاق المَرْوَزي.
حدَّث عنه :أبو منصور محمَّد بن أحمد بن شعيب الرُّوْيَاني ،والقاضي أبو الطيِّب الطَّبري .
له كتاب مطَّول ،وله الفتاوى لطيف .
توفي بعد الأربعمائة بقليل .[1]

١٥- إمام الفَرضِيِّين في الآفاق ،أبو الحسين محمَّد بن عبد الله بن الحسن البصري ابن اللَّبَّان الفرضيّ الشَّافعيّ .
سمع :أبا العبَّاس محمَّد بن أحمد الأثرم ،ومحمَّد بن أحمد العسكري ،وابن داسه.
وحدث : ببغداد بسنن أبي داود فسمعها منه القاضي أبو الطيِّب الطَّبري ،وحدَّث عنه أيضاً أبو محمَّد الخلَّال ،وعبد العزيز بن علي الأَزَجِي ،وتوفي في ربيع الأول سنة اثنتين وأربع مائة .[2]

١٦-القاضي العلامة شيخ الشافعية أبو القاسم يوسف بن أحمد بن كَجٍّ[3] الدَّيْنَوَري[4] تلميذ أبي الحسين بن القطان ،وحضر مجلس الدَّارِكيِّ.

---

(١) انظر/ تأريخ بغداد ١٠٣/٨،تهذيب الأسماء واللغات ٢٥٤/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٨٣/١.

(٢) انظر/ تأريخ بغداد ٤٧٢/٥، سير أعلام النبلاء ٢١٧/١٧،التقييد ص٧٧.

(٣) كَجٍّ: بكاف مفتوحة وجيم مشدَّدة .طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٠٣/١.

(٤) الدَّيْنَوَر:بفتح الدال المهملة وسكون الياء المثناة من تحت ،وفتح النون ،والواو وفي آخرها الراء .المرجع السابق.

درس عليه أبو الطيِّب بجرجان .[1]

قتل ليلة سبع وعشرين من رمضان سنة خمس وأربعمائة .[2]

١٧- أحمد بن محمَّد بن أحمد الشيخ الإمام أبو حامد بن أبي طاهر الإِسْفَرَايِيني شيخ الشافعية بالعراق.

ولد سنة أربع وأربعين وثلاثمائة ،واشتغل بالعلم ، فتفقَّه على ابن المرزبان ،والدَّاركي.

وروى الحديث :عن الدار قطني ،وأبي بكر الإسماعيلي، وأبي أحمد بن عدِيٍّ وجماعة .

وأخذ عنه: الفقهاء والأئمة ببغداد، وممن أخذ عنه الحسن بن محمَّد الخلال ،وعبد العزيز بن علي الأَزَجِيِّ ،ومحمَّد بن شعيب الرُّوْيَاني .

شرح المختصر في تعليقه ،وله كتاب في أصول الفقه .

توفي في شوال سنة ست وأربعمائة .[3]

١٨-محمَّد بن عثمان بن الحسن بن عبد الله أبو الحسن القاضى النصيبي.

سكن بغداد وروى بها :عن أبي الميمون عن عبد الرحمن بن عبد الله الدمشقي البُجَلي صاحب أبي زرعة الدمشقي ،وعن غيره من شيوخ الشام ،وحدث أيضاً

---

(١) كما تقدم في ص٢٠.

(٢) انظر/ طبقات الشافعي لابن قاضي شهبة ٢٠٢/١-٢٠٣،سير أعلام النبلاء ١٨٣/١٧-١٨٤.

(٣) انظر/ تأريخ بغداد ٣٦٨/٤،تهذيب الأسماء واللغات ٢٠٨/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٧٥/١.

عن أبي الحسين أحمد بن جعفر بن المنادِي، وإسماعيل بن محمَّد الصفَّار ،وجماعة من البغداديين.

حدث عنه :القاضي أبو الطيِّب الطَّبري وغيره .

مات أبو الحسن يوم الأربعاء الثالث من شهر رمضان سنة ست وأربعمائة. [1]

١٩-أبو إسحاق الإِسْفَرَايِني الفقيه ،ويقال له الأستاذ أبو إسحاق ،هو إبراهيم بن محمَّد بن إبراهيم بن مهران الأستاذ الإسفرايني الإمام في الكلام والأصول والفقه وغيرها.

سمع: الشيخ أبا بكر الإسماعيلي وأقرانه، وبالعراق أبا بكر الشافعي، ودَعْلَجَ بن أحمد وأقرانهما .

حدَّث عنه: المتقدِّمون من العلماء،حدَّث عنه أبو بكر البيهقي ،وأبو القاسم القُشَيْرِي ،ودرس عليه القاضي أبو الطيِّب الطَّبري، وعنه أخذ علم الكلام والأصول .

ومن تصانيفه: كتاب جامع الحلي في أصول الدين ،والردَّ على الملحدين ،وتعليقة في أصول الفقه ،وشرح فروع ابن الحدَّاد .

توفي سنة ثماني عشرة وأربع مائة . [2]

٢٠-محمَّد بن يحيى بن إبراهيم بن محمَّد بن يحيى بن سُحْنَويه أبو بكر المزكَّي النَّيْسَابوري

[1] انظر/ تأريخ بغداد ٣/٥١-٥٢،لسان الميزان ٥/٢٨١.

[2] انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٦٩،سير أعلام النبلاء ١٧/٣٥٣، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٧٣.

وبلغ عدد شيوخه خمس مائة شيخ ، ومن شيوخه الحاكم، وأبو طاهر بن محسن، وآخرون وأكثر عن أبيه ،والسُّلَمِي.

وأملى ببغداد فحضر مجلسه القاضي أبو الطيِّب في أكثر من خمس مائة محبرة توفي في رجب سنة أربع وسبعين وأربعمائة وله ثمانون سنة .[1]

٢١-أحمد بن علي بن إبراهيم بن يوسف بن سعيد أبو بكر الجرجاني يعرف بالأبندوني.

قدم بغداد في سنة ثمانين وثلاثمائة وحدَّث بها عن أبي نعيم عبد الملك بن محمَّد بن عدي، وعبد الله بن محمَّد بن مسلم ، ومحمَّد بن قارن الرازي، وإسحاق بن إبراهيم البَحْري وغيرهم .

حدث عنه: أبو الحسن الدار قطني ،أبو القاسم الأزهري، والقاضي أبو الطيِّب الطَّبري .[2]

---

[1] انظر/ التقييد. ص١٢٣، لسان الميزان ٤٢٥/٥.

[2] و لم أعثر على تأريخ وفاته فيما اطلعت عليه من المصادر

انظر/ تأريخ بغداد ٣١٦/٤،تأريخ جرجان ص١٠٧.

المبحث الخامس :تلاميذ المصنف

تتلمذ على القاضي أبي الطيِّب الطَّبري خلق كثير ،فمنهم من أخذ عنه الحديث ،ومنهم من أخذ عنه الفقه ،ومنهم من أخذ عنه علم الأصول والجدل . ومن أبرز أولئك –حسب أقدمهم وفاة – مايلي :-

١- الشيخ أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الزَّنْجَانِيُّ .

سمع وحدث بالشَّام وغيرها، ثمَّ استوطن بغداد وتفقَّه بالقاضي أبي الطيِّب الطَّبري .

من مصنفاته: المعتمد .

توفي سنة تسع وخمسين وأربعمائة .[١]

٢-أبو عبد الله محمَّد بن أحمد بن أبي سعيد الحلابي .

تفقَّه على القاضي أبي الطيِّب الطَّبري بغداد .

من مصنفاته : له كتاب النهاية في شرح المذهب ، وكتاب المشخَّص .

توفي قريب من سنة ستين وأربعمائة .[٢]

٣-العلامة المفتي الحافظ النَّاقد أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي ،ولد في جمادى الآخرة سنة اثنتين وتسعين وثلاث مائة.

سمع: أبا عمر بن مهدي الفارسي، وأحمد بن محمَّد بن الصلْت الأهوازي، وأبا الحسين بن المتَيَّم، وحسين بن الحسن الجَوَالِيقِي.

---

[١] انظر/ طبقات الشافعية لابن لسبكي ٣٠٢/٥، طبقات للإسنوي ٣٠٥/١.

[٢] انظر/ طبقات الشافعية لابن لسبكي ١١٦/٤.

حدث عنه: أبو بكر البَرْقَاني- وهو من شيوخه-وأبو نصر بن ماكولا ، والفقيه نصر، والحميديُّ ،وأبو الفضل بن خَيْرُون .

صنَّف الخطيب البغدادي الكثير من المصنَّفات منها :السَّابق واللاحق ، المتَّفق والمفترق ، المُكْمِل في المُهمَل ، غُنْيَة المقتبِس في تمييز الملتبِس ،من وافقت كنيته اسم أبيه ،الأسماء المبهمة، الفقيه والمتفقّه، تأريخ بغداد .

توفي في ذي الحجة سنة ثلاث وستين وأربعمائة . [١]

٤-محمَّد بن محمَّد بن عبد الله أبو الحسن البيضاوي الشافعي ختن أبي الطيِّب الطَّبري على ابنته.

ولد سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة ،ولي القضاء بربع الكَرْخ ،وكان ثقة خيِّراً. وتفقَّه على القاضي أبي الطيِّب،حدث عن أبي الحسن بن الجندي ،وإسماعيل بن الحسن الصَّرْصَرِي .

كتب عنه الخطيب البغدادي.

توفي في شعبان سنة ثمان وستين وأربعمائة عن ست وسبعين سنة . [٢]

٥- أبو محمَّد عبد الله بن محمَّد الكروني الأصبهاني ،مفتي أصبهان ، تفقه على القاضي أبي الطيِّب ببغداد توفي سنة تسع وستين وأربعمائة. [٣]

٦-الإمام علي بن الحسن بن علي المَيانِجي -بفتح الميم وكسر النون -قاضي همذان .

---

[١] انظر/ سير أعلام النبلاء ٢٧٠/١٨، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٤٦/١،تذكرة الحفاظ ١١٣٥/٣.

[٢] انظر/ تأريخ بغداد ٢٣٩/٣،طبقات الشافعية للإسنوي ١١٥/٥،البداية والنهاية ١١٣/١٢.

[٣] انظر/طبقات الشافعية للإسنوي ٣٤٧/٢.

تفقه بغداد على القاضي أبي الطيِّب الطَّبري .

توفي سنة إحدى وسبعين وأربعمائة .[1]

٧- الإمام العلامة القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التُّجَيْبِيُّ الأندلسي القرطبي الباجي الذهبي المالكي.

ولد أبو الوليد في ذي الحجة من سنة ثلاث وأربعمائة .

أخذ عن يونس بن مغيث، ومكي بن أبي طالب ،ومحمَّد بن إسماعيل ،وأبي بكر محمَّد بن الحسن بن عبد الوارث وخلقاً سواهم ،وتفقَّه بالقاضي أبي الطيِّب الطَّبري والقاضي أبي عبدالله الصَّيْمِرِيّ وغيرهما.

حدث عنه: أبو عمر بن عبد البر ،وأبو محمَّد بن حَزْم ،وأبو بكر الخطيب ،وعلي بن عبد الله الصَّقَلِّي .

وصنَّف كتاب المنتقى ، وكتاب المعاني في شرح الموطأ ،و الاستيفاء، و كتاب الإيماء في الفقه ، وكتاب السَّراج في الخلاف لم يتم ،ومختصر المختصر في مسائل المدونة، وله كتاب في اختلاف الموطآت ،وكتاب في الجرح وغيرها من الكتب .

مات أبو الوليد بالمَرِيةَّ في تاسع عشر رجب سنة أربع وسبعين وأربعمائة، فعمره إحدى وسبعون سنة سوى أشهر .[2]

٨- أبو محمَّد بديل بن علي بن بديل البَرْزَنْدِي ،تفقه بغداد ،وأخذ عن القاضي أبي الطيِّب الطَّبري وغيره ، توفي سنة خمس وسبعين وأربعمائة.[3]

---

[1] انظر/ طبقات الشافعية لابن السبكي ٥/٢٥٥.

[2] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٨/٥٣٥

[3] انظر/ طبقات السبكي ٤/٢٩٧.

٩- الشيخ الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفَيْروزآبادْي [١] الشِّيرازي الشَّافعي نزيل بغداد قيل لقبه جمال الدِّين.

مولده في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة.

تفقَّه على أبي عبد الله البيضاوي ،وعبد الوهاب بن رَامِين بشيراز ،وأخذ بالبصرة عن الخَرَزي ،وقدم بغداد سنة خمس عشرة وأربعمائة ،فلزم أبا الطيِّب وبرع، وصار معيده في سنة ثلاثين وأربعمائة .

حدَّث عنه :الخطيب، وأبو الوليد الباجي، والحميدي ،وغيرهم

من تصانيفه : المهذب ،والتنبيه ،واللمع في أصول الفقه ،وشرح اللمع،والمعونة في الجدل، والملخص في أصول الفقه،وطبقات الفقهاء وغير ذلك .

توفي ليلة الحادي والعشرين من جمادى الآخرة سنة ست وسبعين وأربعمائة ببغداد . [٢]

١٠-الإمام أبو الوفاء طاهر بن الحسين بن أحمد البغداديّ الحنبليِّ القَوّاس البَابَصْرِي.

سمع :من الحَفَّار، ومحمود العُكْبَرِي، وأبي الحسين بن بِشران .

وعنه: أبو القاسم السَّمَرْقَنْدِي ، وعلي بن طِرَاد، والأنماطي .

.توفى يوم الجمعة سابع عشر رمضان سنة ست وسبعين وأربعمائة . [٣]

---

[١] نسبة إلى فيروز أباذ بفتح الفاء ،وأصله بالفارسية(الكبير) ،وهي بلدة من بلاد فارس. تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٧٢.

[٢] انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٧٢،البداية والنهاية ١٢/١٢٤،طبقات الفقهاء لابن قاضي شهبة ١/٢٤٤،سير أعلام النبلاء ١٨/٤٥٢.

[٣] انظر/ المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد ١/٤٥٧،سير أعلام النبلاء ١٨/٤٥٢.

١١-شيخ الشَّافعية أبو عبد الله الحسين بن أحمد بن علي بن البقَّال الأزجي
روى عن :عبد الملك بن بِشْران ،وكان من تلامذة القاضي أبي الطيِّب.
وعنه :أبو علي الْبَرَدَاني .
توفي في شعبان سنة سبع وسبعين وأربعمائة ،وله ست وسبعون سنة .[1]

١٢- عبدُ السَّيِّد بن محمَّد بن عبد الواحد بن محمَّد بن أحمد بن جعفر أبو نصر ابن الصَّبَّاغ البغدادي فقيه العراق.
مولده سنة أربعمائة .
وسمع :محمَّد بن الحسين بن الفضل القطَّان ،وأبا علي بن شاذان ،وأخذ عن القاضي أبي الطيِّب الطَّبري ،ورُجِّح في المذهب على الشيخ أبي إسحاق.
حدث عنه: ولده المسند أبو القاسم علي ،وأبو نصر الغازي، وإسماعيل بن محمَّد التيمي وآخرون .
ومن تصانيفه: الشَّامل ،وكتاب الكامل وكتاب الطريق السَّالم .
توفي في جمادى الأولى وقيل في شعبان سنة سبع وسبعين وأربعمائة .[2]

١٣- الإمام أبو سعد عبد الله بن الشيخ أبي القاسم عبد الكريم بن هوازن القشيري النيسابوري.

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ٥٤٩/١٨.

[2] انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢٩٩/٢،البداية والنهاية ١٢٦/١٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٥٨/١،سير أعلام النبلاء ٤٦٤/١٨.

سمع: أبا بكر الحِيري، وأبا سعيد الصَّيْرَفي، وطائفة وببغداد من القاضي أبي الطيِّب،والجوهري.

وعنه: ابن أخته عبد الغافر بن إسماعيل ،وابن أخيه هبة الرحمن .

توفي سنة سبع وسبعين وأربع مائة .[1]

١٤- أحمد بن محمَّد بن أحمد أبو العباس الجُرْجَاني قاضي البصرة وشيخ الشافعية بها.

تفقَّه على الشيخ أبي إسحاق الشِّيرازي ،وسمع الحديث من القاضيين أبي الطيِّب والماوَردي .

وروى عنه: أبو علي بن سُكَّرة، وإسماعيل السَّمَرْقَنْدِي .

ومن تصانيفه: كتاب الشافي ، وكتاب التحرير ،وكتاب البلغة .

توفي سنة اثنتين وثمانين وأربعمائة .[2]

١٥- أبو منصور عبد الرحمن بن عبد الكريم بن هوازن القُشَيْرِيُّ .

ولد سنة عشرين وأربعمائة .

سمع: ببغداد من القاضي أبي الطيِّب الطَّبري ،وأبي بكر بن بِشْران.

وحدث عنه :أبو القاسم بن السَّمْرقَنْدِي .

توفي سنة اثنين وثمانين وأربعمائة .[3]

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٨/٥٦٣.

[2] انظر/ طبقات الشافعية لابن السبكي ٤/٧٤،طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٦٧.

[3] انظر/ طبقات الشافعية لابن السبكي٥/١٠٥.

١٦- طاهر النَّيسْابوري الحافظ أبو محمَّد ،ويقال: اسمه عبد الصَّمد بن أحمد بن علي السليطي ولد بالرَّيِّ [١] ونشأ بها .

سمع: أبا عبيد صخر بن محمَّد الطُّوسي بالرَّيِّ ،وعبد الكريم بن أحمد ،وعبد الملك بن عبد الغفار البصري ،وخلقاً بهمذان ،وقدم بغداد فسمع من أبي علي بن المذهب ،والقاضي أبي الطيب، وأبي القاسم التنوخي .

روى عنه بن الطيورى ،وابن بدران الحلواني، ومحمَّد بن الحسين المرزوقي.

توفي سنة اثنتين وثمانين وأربع مائة. [٢]

١٧-أبو محمَّد عبد الغني بن نازل بن يحيى الأَلْوَاحي المصري ،فقيه الشافعية، سمع من القاضي أبي الطيِّب ببغداد توفي سنة ست وثمانين وأربع مائة . [٣]

١٨- الأمير الحافظ النَّاقد النَّسَّابة أبو نصر ما كولا علي بن هبة الله بن علي بن جعفر بن علي بن محمَّد العِجْلِي البغدادي

مولده في شعبان سنة اثنتين وعشرين وأربع مائة بقرية عكبرا .

سمع :عبيد الله بن عمر بن شاهين ،ومحمَّد بن محمَّد بن غيلان ،وأبا منصور محمَّد بن محمَّد السواق ،والقاضي أبا الطيِّب الطَّبري .

حدث عنه أبو بكر الخطيب شيخه ،والفقيه نصر المقدسي ،والحسن بن أحمد السَّمْرَقَنْدِي الحافظ، ومحمَّد بن عبد الواحد الدَّقَّاق .

---

[١] الرَّيّ: بفتح أوله وتشديد ثانيه،وهي كورة قرب خرسان .

انظر/معجم البلدان٣/١١٦، معجم ما استعجم ٢/٦٩٠.

[٢] انظر/ تذكرة الحفاظ ٤/١٢٢٣،طبقات الحفاظ ص٤٤٧.

[٣] انظر/ طبقات السبكي ٥/١٣٥.

من تصانيفه : كتاب الإكمال في مشتبه النَّسبة ،و كتاب مستمر الأوهام .
قتل في سنة ست أو سنة سبع وثمانين وأربع مائة ،وقيل :سنة خمس وسبعين وأربع مائة وقيل غير ذلك .[1]

١٩-القاضي أبو بكر محمَّد بن المظفَّر بن بَكْران الشَّامي الحمَويُّ الشَّافعيُّ الزَّاهد.
ولد سنة أربع مائة .
فسمع من :عثمان بن دُوسْت العلاف ،وأبي القاسم بن بِشْران وطبقتهما ،ودرس الفقه على القاضي أبي الطِّيب.
حدث عنه أبو القاسم بن السَّمرقَنْدِي ،وإسماعيل بن محمَّد التَّيمِي ،وهبة الله بن طاووس وآخرون.
مات في شعبان سنة ثمان وثمانين وأربع مائة وقد قارب التسعين .[2]

٢٠- الفقيه أبو يوسف يعقوب سليمان بن داود الإِسْفَرَايِيني ،تفقَّه على القاضي أبي الطِّيب الطَّبري وغيره ،له كتاب المستظهري في الإمامة ،وشرائط الخلافة وغيره .
توفي سنة ثمان وثمانين وأربع مائة.[3]

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ٥٦٩/١٨.
[2] انظر/ البداية والنهاية ١٥١/١٢، سير أعلام النبلاء ٨٥/١٩.
[3] انظر/ فوات الوفيات ٣٣٥/٤.

٢١-الإمام المفتي أبو الحسين المبارك بن محمَّد بن السَّوَادي الواسطيُّ الشافعيُّ نزيل نَيْسَابور .

سمع: أبا علي بن شَاذَان،وأبا عبد الله بن نظيف المصري ،وتفقَّه بالقاضي أبي الطَّيِّب.

وعنه :إسماعيل بن محمَّد الحافظ ،وطاهر بن مهدي ،وعمر بن أحمد الصفَّار ،وعبد الخالق الشَّحَامِي ،وآخرون.

مات في ربيع الآخر سنة اثنتين وتسعين وأربع مائة ،وله سبع وثمانون سنة . [١]

٢٢-الشيخ الإمام الفقيه أبو تُرَابٍ عبد الباقي بن يوسف بن علي بن صالح بن عبد المَلك بن هارون المرَاغي التَّرِيزِي الشَّافعي نزيل نَيْسَابور.

ولد سنة إحدى وأربعمائة .

وتفقَّه على أبي الطِّيِّب الطَّبري، وسمع الحديث عليه و سمع أبا علي بن شَاذان ،وأبا القاسم بن بِشْران، وأبا طاهر بن عبد الرحيم الأصبهاني وعدَّة .

حدث عنه :عمر بن علي الدَّامَغَاني، وأبو عثمان العصايدي، وزاهر بن طاهر ،وابنه عبد الخالق بن زاهر وآخرون .

قيل عاش ثلاثاً وتسعين سنة، مات في رابع عشر ذي القعدة سنة اثنتين وتسعين وأربعمائة . [٢]

---

[١] انظر/ سير أعلام النبلاء ٢١٢/١٩.

[٢] انظر /البداية والنهاية ١٥٧/١٢، سير أعلام النبلاء ١٧١/١٩.

٢٣- عليٌّ بن سعيد بن عبد الرَّحمن ،أبو الحسن العَبْدَرِي من بني عبد الدَّار .

سمع: من القاضي أبي الطيِّب،والماوردي وغيرهما ،وتفقَّـــه علـــى الشـــيخ أبي إسحاق الشِّيرازي .

روى عنه: أبو القاسم بن السَّمَرْقَنْدِي ،وسعد الخير الأنصاري وغيرهما .

من تصانيفه : الكفاية .

توفي بغداد في جمادى الآخرة سنة ثلاث وتسعين وأربعمائة .[1]

٢٤-أحمد بن محمَّد بن محمَّد بن عبد الواحد القاضي أبو منصور بـــن الصَّبَّـــاغ البغدادي وهو ابن أخي الإمام أبي نَصْر ابن الصَّبَّاغ .[2]

تفقَّه عُلى القاضي أبي الطيِّب الطَّبري، وسمع منه الحديث، ومن غيره .

وكتب عنه القاضي أبو بكر ابن العربي المالكيُّ، وروى عنه محمَّد المقدسي.

له مصنَّفات حسنة ،وله فتاوى جمعها من كلام عمِّه ،وفيها كثير من كلامـــــه.

توفي سنة أربع وتسعين وأربعمائة .[3]

٢٥- أبو سعيد، عبد الواحد بن الأستاذ أبي القاسم عبد الكـــريم بـــن هَـــوَازِن القُشَيْرِي.

ولد سنة ثمانية عشر وأربعمائة .

سمع: من القاضي أبي الطيِّب،والقاضي أبي الحسن الماوردي .

---

[1] انظر/ هدية العارفين ٦٩٤/١،،طبقات الشافعية لابن السبكي ٢٥٧/٥، طبقات الشافعية لابن قـــاضي شهبة ٢٧٧/١.

[2] المتقدمة ترجمته ص٣٦.

[3] انظر/ البداية والنهاية ١٢/ ١٦٠،طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٦٨/١.

وعنه :ولده هبة الرحمن ،وأبو طاهر السِّنْجِيُّ وغيرهما .

توفي سنة أربع وتسعين وأربعمائة . [1]

٢٦- أبو الفضائل محمَّد بن أحمد بن عبد الباقي بن الحسن بن محمَّد بن طَوْقِ الرَّبَعِيُّ المَوْصِلِيُّ.

سمع: من القاضي أبي الطيِّب الطَّبري، و تفقَّه على الماوردي ،و الشيخ أبي إسحاق الشِّيرازي.

روى عنه :هبة الله الشِّيرازي ،وأبو الفتيان الرُّؤَاسي ،وآخرون .

مات سنة أربع وتسعين وأربعمائة. [2]

٢٧-العلاَّمة مفتي الشَّافعية، أبو عبد الله الحسين بن محمَّد بن عبد الله الطَّبري الحاجِّيُّ البزَّازيُّ .

قدم بغداد في الصبا وسكنها ،وتفقَّه على القاضي أبي الطَّيِّب وسمع منه ،ومن الجوهري، ولزم الشيخ أبا إسحاق حتى أحكم المذهب والأصول والخلاف.

روى عنه :هبة الله بن السَّقَطِي شيئاً.

مات بأصبهان [3] في شعبان سنة خمس وتسعين وأربع مائة. [1]

---

[1] انظر/ طبقات الشافعية لابن السبكي ٢٢٥/٥.

[2] انظر/ البداية والنهاية ١٦١/١٢، طبقات الشافعية لابن لسبكي ١٠٢/٤.

[3] أصبهان: منهم من يفتح الهمزة وهم الأكثر ،وكسرها آخرون وهي مدينة عظيمة مشهورة من أعلام المدن وأعيانها وأصبهان اسم للإقليم بأسره ،وهي من نواحي الجبل في آخر الإقليم الرابع،و تقع الآن في إيران.انظر/ معجم البلدان ٢٠٦/١،

٢٨- الإمام مفتي مكّة ومحدِّثُها ،أبو عبد الله الحسين بن علي بن الحسين الطَّبري الشَّافعيُّ .

ولد بآمُل سنة ثمان عشرة وأربع مائة.

وسمع: في سنة تسع وثلاثين صحيح مسلم من أبي الحسين الفارسيّ ورواه مرَّات ،وسمع من أبي حفص بن مسرور ،وأبي عثمان الصَّابوني ،وناصر العمري وتفقّه عليه وعلى القاضي أبي الطيِّب في بغداد .

حدث عنه: إسماعيل التَّيمِيُّ ،ورَزِيْنُ الْعَبَدَرِي ،والقاضي أبو بكر بن العربي ،وخلق.

وله كتاب العدة وهو شرح إبانة الفوراني .

توفي بمكة في شعبان سنة ثمان وتسعين وأربع مائة. [٢]

٢٩-أبو عبد الله الحسين بن المظفَّر بن عليٍّ بن الحسين بن عليٍّ بن حمدان الحَمْدَانيٌّ القَزْوينيُّ .

سافر إلى العراق وسمع القاضي أبا الطَّيِّب، وأبا محمَّد الجوهري ،وحدَّث عنهما في وطنه.

وتوفي سنة ثمان وتسعين وأربعمائة. [٣]

٣٠- أبو الفرج محمَّد بن عبيد الله بن الحسن بن الحسين البصري ،قاضي البصرة. سمع القاضي أبا الطيِّب ببغداد ،وأبا القاسم التَّنوخِيُّ ،وخلق .

---

[١] انظر/ سير أعلام النبلاء ٢١٠/١٩.

[٢] انظر/ سير أعلام النبلاء ٢٠٣/١٩، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٧٠/١.

[٣] انظر/ التدوين في أخبار قزوين ٤٦٢/٢.

توفي سنة تسع وتسعين وأربع مائة .[1]

٣١- الحسن بن محمَّد بن الحسن بن علي الطُّوسِيُّ أبو علي بن نعليق أبي جعفر

سمع: من والده ،وأبي الطيِّب الطَّبري ،والخلال.

سمع منه: أبو الفضل بن عطَّاف، وهبة الله السَّقْطِيُّ، ومحمَّد بن محمَّد النَّسَفِي مات في حدود الخمس مائة .[2]

٣٢- إمام اللُّغة أبو زكريَّا يحيى بن عليّ بن محمَّد بن حسن بن بِسْطَام الشَّيْبَاني الخطيب التِّبريزِيُّ - بكسر أوله - أحد الأعلام.

وسمع :الحديث وكتب الأدب على خلق منهم القاضي أبو الطيِّب الطَّبري ،وأبو القاسم التَّنوُخِيُّ ،والخطيب البغداديُّ ، وأبي العلاء المَعَرِّي ،وعبيد الله بن علي الرَّقِّيُّ، وأبي محمَّد بن الدَّهَّان.

أخذ عنه :ابن ناصر، وأبو منصور بن الجَوَالِيقِيّ، وسعد الخير الأندلسي ،وأبو طاهر محمَّد بن أبي بكر السِّنْجِيُّ، والسِّلَفِي.

من تصانيفه : تهذيب غريب الحديث، وله في النحو مقدَّمات حسنة ،وكتاب في إعراب القرآن سمَّاه الملخص،صنف شرح القصائد العشر، والكافي في العروض والقوافي، وثلاثة شروح على الحماسة وشرح شعر المتنبي وشعر أبي تمام وغير ذلك.

توفي جمادى الآخرة سنة اثنتين وخمس مائة وله إحدى وثمانون سنة .[3]

---

[1] انظر/ البداية والنهاية ١٦٦/١٢، المنتظم ٩٧/١٧.

[2] انظر/ لسان الميزان ٢٥٠/٢.

[3] انظر/ سير أعلام النبلاء ٢٦٩/١٩،أبجد العلوم ٦١/٣.

٣٣- الشيخ الفقيه أبو القاسم عليُّ بن الحسين بن عبد الله بن عُرَيْبة الرَّبَعِيُّ البغداديُّ الشافعيُّ.

ولد سنة أربع عشرة وأربع مائة.

سمع أبا الحسن بن مُخْلِد البَّزاز ،وأبا عليٍّ بن شاذان ،وأبا القاسم بن بِشْران وتفقَّه على القاضي أبي الطيِّب، و الماوردي.

حدَّث عنه :أبو بكر السَّمْعاني ،وعبد الخالق اليوسفي ،وأبو طاهر السِّلفي ،وأبو طاهر محمَّد بن أبي بكر السِّنْجيُّ .

مات في الثالث والعشرين من رجب سنة اثنتين وخمس مائة. [(١)]

٣٤- الإمام المحدَّث الصَّادق أبو محمَّد عبد الله بن عليٍّ بن عبد الله بن محمَّد بن الآ بَنُوسِيِّ البغداديُّ .

كان مولده في سنة ثمان وعشرين وأربع مائة .

وسمع: من أبي محمَّد الجوهري ،وأبي القاسم التَّنوخِيِّ، وأبي طالب العُشَارِي، وأبي الطيِّب الطَّبري .

روى عنه: محمَّد بن محمَّد السِّنْجِيُّ ،وعبد الله الحلواني، وأبو طاهر السِّلَفي.

مات ابن الآبَنُوسِيِّ في سادس عشر جمادى الأولى سنة خمس وخمسمائة . [(٢)]

٣٥-الشيخ العلامة إمام النَّحو أبو الكرم المبارك بن فاخر بن محمَّد بن يعقوب البغداديُّ النَّحويُّ اللُّغوِيُّ.

ولد في ربيع الأول سنة إحدى وثلاثين وأربع مائة.

---

(١) انظر/ شذرات الذهب ٤/٤،سير أعلام النبلاء ١٩٤/١٩.

(٢) انظر/ سير أعلام النبلاء ٢٧٧/١٩، طبقات الشافعية لابن السبكي ١٣/٥.

وسمع: من القاضي أبي الطيِّب الطَّبري ،وأبي محمَّد الجوهري، وأبي الحسين محمَّد بن النَّرسِيِّ ،والقاضي أبي يعلى، وجماعة .

أخذ عنه: أبو محمَّد سِبْط الخيَّاط ،وأبو طاهر السِّلَفي ،وأبو المعمَّر الأنصاري ،وأبو طالب محمَّد بن علي الكَتَّاني ،وجماعة .

مات في ذي القعدة سنة خمس وخمسمائة .[1]

٣٦-الشيخ أبو بكر أحمد بن علي بن بدران الحُلْوَاني –بضم الحاء-البغدادي يعرف بِخَالَوْه.

ولد سنة عشرين وأربعمائة .

روى عن: القاضي أبي الطيِّب،والماوردي وغيرهما ،وقرأ على الحسن بن غالب ، وعليِّ بن محمَّد الخيَّاط .

من تصانيفه :كتاب لطائف المعارف .

توفي في جمادى الآخرة سنة سبع وخمسمائة .[2]

٣٧-الشيخ أبو الغنائم محمَّد بن عليٌّ بن ميمون بن محمَّد النَّرْسِيُّ الكوفي المقرئ الملقب بـ(أُبيٌّ) لجودة قراءته .

ولد سنة أربع وعشرين وأربع مائة.

سمع: محمَّد بن عليٌّ بن عبد الرحمن العلوي، وأبا طاهر محمَّد بن العطَّار ،وأبا القاسم التَّنوُخِيَ ،والقاضي أبا الطَّيِّب الطَّبري, وأبا منصور بن السوَّاق ،وخلقاً سواهم.

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ٣٠٢/١٩،لسان الميزان ١١/٥.

[2] انظر/طبقات الشافعية للسبكي٢٨/٦، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٨٥/١،المنتظم ١٣٣/١٧.

حدَّث عنه: الفقيه نصر بن إبراهيم المقدسي ، وابن ناصر والسِّلَفي ،ومعالي بن أبي بكر الكيَّال، ومسلم بن ثابت.

مات بالكوفة يوم سادس عشر شعبان سنة عشر وخمس مائة.[1]-

٣٨-أبو الوفاء عليٌّ بن عقيل بن محمَّد بن عقيل الحنبلي البغداديُّ المقرىء الفقيه الأصولي الواعظ.

ولد سنة إحدى وثلاثين وأربع مائة.

تفقه على القاضي أبي يعلى ،والشيخ أبي إسحاق الشيرازي ،وأبي نصر ابن الصبَّاغ ،وأبو عبد الله الدامغاني ، وأبو الطَّيِّب الطَّبري .

حدث عنه :أبو حفص المغَازِلي، وأبو المعمَّر الأنصاري ،ومحمَّد بن أبي بكر السِّنْجِي، وأبو بكر السَّمْعاني ،وأبو طاهر السِّلَفي ،وآخرون .

وله مصنَّفات كثيرة في علوم شتى من أشهرها كتاب الفنون .

توفى نهار الجمعة ثاني عشر جمادى الأولى سنة ثلاث عشرة وخمسمائة.[2]

٣٩- أبو غالب محمَّد بن أحمد بن عمر المعروف بابن الطبر.

حدَّث عن :القاضي أبي الطَّيِّب الطَّبري ،وأبي طالب محمَّد بن علي العُشَاري ،وأبي الفضل عبد الملك بن علي بن يوسف ،وأبي المعمَّر المبارك بن أحمد الأنصاري.

توفي ليلة الخميس سابع صفر من سنة سبع عشرة وخمسمائة.[3]

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ٢٧٤/١٩.

[2] انظر/ المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد ٢٤٦/٢،سير أعلام النبلاء ٤٤٣/١٩،لسان الميزان ٢٤٣/٤.

[3] انظر/ تكملة الإكمال ١٢/٤.

٤٠-الشيخ الإمام الخطيب أبو علي محمَّد بن الشيخ أبي الفضل محمَّد بن عبد العزيز بن العباس بن المهدي بالله الهاشمي البغدادي.

سمع: أباه وأبا طالب بن غَيْلان وعبيد الله بن شاهين وأبا الحسن أحمد بن محمَّد العتيقي، وأبا إسحاق البرمكي، وأبا القاسم التَّنوُخِيّ وعدَّة .

ولد سنة اثنتين وثلاثين وأربعمائة .

روى عنه :السِّلفيُّ، وأبو العلاء العطَّار، وابن ناصر، وأخوه لاحق ،وأحمد بن موهوب بن السَّدنك ،وآخرون .

توفي ليلة السبت سادس عشر شوال سنة خمس عشرة وخمس مائة . [1]

٤١-الشيخ الصدوق المسند أبو سعد أحمد بن عبد الجبَّار بن أحمد بن القاسم الصَّيْرَفي بن الطيوري البغدادي .

ولد في سنة أربع وثلاثين وأربع مائة .

سمع: أبا طالب بن غيلان، وأبا محمَّد الخلال، وأبا الطِّيِّب الطَّبري، والجوهري والعُشَاري ،وعدَّة.

حدث عنه: أبو طاهر السِّلَفي ،والصائن بن عساكر .

توفي في رجب سنة سبع عشرة وخمس مائة . [2]

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٩/٤٣٠،١٧/٦٧١.

[2] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٩/٤٦٧.

٤٢-الشيخ الجليل المسند الصدوق مسند الآفاق أبو القاسم هبة الله بن محمَّد بن عبد الواحد بن أحمد بن العباس بن الحصين الشيباني الهمذاني الأصل البغدادي الكاتب.

مولده في رابع ربيع الأول سنة اثنتين وثلاثين وأربع مائة .

سمع :من أبي طالب بن غيلان، وأبي علي ابن المُذْهب، وأبي محمَّد بن المقتدر، وأبي القاسم التَّنوُخي ،والقاضي أبي الطيِّب الطَّبري، وطائفة.

حدَّث عنه: ابن ناصر، والسِّلفي ،وأبو العلاء العطَّار ،وأبو موسى المديني ،وأبو الفتح بن المَنِّي الفقيه وطائفة.

توفي في رابع عشر شوال سنة خمس وعشرين وخمس مائة . [1]

٤٣-الشيخ الثقة أبو المواهب أحمد بن محمَّد بن عبد الملك بن مُلُوك البغداديٌّ الورّاق .

سمع: القاضي أبا الطيِّب الطَّبري، وأبا محمَّد الجوهري .

حدَّث عنه: أبو القاسم بن عساكر ،وعبد الخالق بن هبة الله البُنْدار، وعمر بن طَبَرْزَد ،وجماعة .

توفي في ذي الحجَّة سنة خمس وعشرين وخمس مائة، وله خمس وثمانون سنة . [2]

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ٥٣٦/١٩،تكملة الإكمال ٣٤٥/٢، التقييد ص٤٧٥-٤٧٦

[2] انظر/ سير أعلام النبلاء ٥٨٦/١٩.

٤٤- الشيخ الكبير أبو العزِّ أحمد بن عبيد الله بن محمَّد بن عبيد الله بن محمَّد بن أحمد بن حمدان بن عمر بن إبراهيم بن عيسى بن صاحب النبي صلى الله عليه وسلم بن عتبة فَرْقَد السُّلَمِي العُكْبَرِي المعروف بابن كادش .

ولد في صفر سنة اثنتين وثلاثين وأربع مائة .

سمع: أبا الطيِّب الطَّبري ،و أبا الحسن الماورديّ، وأبا محمَّد الجوهريّ، وأبا عليٍّ محمَّد بن الحسين الجازري ، وعدَّة.

سمع منه :ابن ناصر، والسِّلَفي، وأبو العلاء الهَمَذَاني، وأبو القاسم بن عساكر ،ومعمر بن الفاخر .

مات في جمادى الأولى سنة ست وعشرين وخمس مائة .[1]

٤٥-الفَرَضَيُّ العدل القاضي أبو بكر محمَّد بن عبد الباقي بن محمَّد بن عبد الله بن محمَّد بن عبد الرحمن بن الربيع بن ثابت بن وهب بن مَشْجَعة بن الحارث بن عبد الله بن شاعر النبي صلى الله عليه وسلم وأحد الثلاثة الذين خلفوا كعب بن مالك بن عمرو بن القَيْن الَخزرَجيُّ السُّلَمِيُّ الأنصاريُّ الحنبليُّ البَّزاز .

ولد في عاشر صفر سنة اثنتين وأربعين وأربع مائة.

سمع من :أبي محمَّد الجوهري ،والقاضي أبي الطيِّب الطَّبري-وكان من آخر تلاميذه موتاً-[2] ، وعمر بن الحسين الخفاف، وأبي طالب العُشَاري، وأبي الحسين بن حَسْنُون النَّرْسِيِّ .

---

[1] انظر/ سير أعلام النبلاء ١٩/٥٥٨.

[2] انظر/ طبقات الشافعية لابن السبكي ٥/١٥.

حدَّث عنه: خلق منهم السِّلَفي، والسَّمعاني ،وابن ناصر ،وابن عساكر، وابن الجوزي، وأبو موسى المديني .

توفي ثاني رجب سنة خمس وثلاثين وخمس مائة. [١]

٤٦-أبو نصر أحمد بن الحسن الشِّيرازي .وحدث عن القاضي أبي الطيب [٢]

٤٧-أبو نصر محمَّد بن محمَّد بن محمَّد بن أحمد العُكبري، وحدث عن القاضي أبي الطيب [٣]

٤٨-وأبو غالب محمَّد بن أحمد بن عمر الحريري.

حدَّث عن: القاضي أبي الطيِّب .

حدث عنه: ابن أخته أبو البركات عبد الوهاب بن المبارك الحافظ الأنماطي، وأبو المعمر الأنصاري. [٤].

٤٩-أبو المعالي أحمد بن الحسن بن أحمد بن طاهر الفيج البغدادي.

سمع القاضي أبا الطيِّب طاهر بن عبد الله الطَّبري.

سمع منه الحافظ أبو طاهر السِّلَفي.

وكان من المقلِّين لم ير له سماعاً إلا من أبي الطيِّب الطَّبري. [٥]

---

[١] انظر/ سير أعلام النبلاء ٢٣/٢٠،المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد ٤٤٣/٢.

[٢] انظر/ سير أعلام النبلاء ٦٧١/١٧، لم أعثر له على ترجمة .

[٣] انظر/ سير أعلام النبلاء ٦٧١/١٧، لم أعثر له على ترجمة .

[٤] انظر/ تكملة الإكمال ١٢٨/٢.

[٥] انظر/ تكملة الإكمال ٤٦٦/٤.

المبحث السادس: عقيدته [1]

من خلال دراستي لحياة المصنف توصَّلت إلى :

١- توقيعه على المعتقد القادري [2] والذي فيه جملة من معتقد أهل السنة والجماعة. [3]

---

[1] يراجع لهذا المبحث كتاب(القاضي أبو الطيِّب وآراؤه الأصولية)رسالة دكتوراه مقدمة لقسم الأصول في الجامعة الإسلامية ١/١٤٩-١٥٤.

[2] وهو الذي أخرجه الخليفة القائم بأمر الله في عام ثلاثة وثلاثين وأربعمائة (٤٣٣هـ) وأخذ خطوط الحاضرين وكان القاضي أبو الطيِّب ثالث الموقعين على تلك الصحيفة .

انظر/ طبقات الحنابلة ٢/١٩٧-١٩٨،المنتظم ١٥/٢٧٨-٢٧٩.

[3] ونص هذا الاعتقاد هو:(يجب على الإنسان أن يعلم أن الله عزَّ وجلَّ وحده لاشريك له لم يلد و لم يولد و لم يكن له كفواً أحد ، لم يتخذ صاحبة ولا ولداً و لم يكن له شريك في الملك، وهو أوَّل لم يزل ،وآخر لا يزال ،قادر على كل شيء غير عاجز عن شيء إذا أراد شيئاً قال له: كن فيكون، غني غير محتاج إلى شيء لا إله إلا هو الحي القيوم لا تأخذه سنة ولا نوم، يطعم ولا يطعم لا يستوحش بوحدة ،ولا يأنس بشيء ،وهو الغني عن كل شيء ،لا تخلفه الدهور والأزمان ،وكيف تغيره الدهور والأزمان ،وهو خالق الدهور والأزمان والليل والنهار ،والضوء والظلمة ،والسماوات والأرض ،وما فيها من أنواع الخلق والبر والبحر وما فيهما ،وكلُّ شيء حي أو موات أو جماد كان ربُّنا وحده ،ولاشيء معه ،ولا مكان يحويه فخلق كل شيء بقدرته ،وخلق العرش لا لحاجة إليه فاستوى عليه كيف شاء وأراد، لا استقرار راحة كما يستريح الخلق ،وهو مدبر السماوات والأرضيين ومدبِّر ما فيهما، ومن في البر والبحر لا مدبر غيره، ولا حافظ سواه، يرزقهم ويمرضهم ويعافيهم ويميتهم ويحييهم ، والخلق كلهم عاجزون والملائكة والمرسلون والنبيون والخلق كلهم أجمعون، وهو القادر بقدرة ،والعالم بعلم أزلي غير مستفاد ،وهو السميع بسمع ،والمبصر ببصر يعرف صفتهما من نفسه، لا يبلغ كنههما أحد من خلقه متكلم بكلام لا بآلة مخلوقة كآلة المخلوقين لا يوصف إلا بما وصف به نفسه ،أو وصفه بها نبيه عليه السلام وكلُّ صفة وصف بها نفسه أو وصفه بها رسوله صلى الله عليه وسلم فهي صفة حقيقية لا مجازية ،ويعلم أنَّ كلام الله تعالى غير مخلوق تكلم به تكليماً، وأنزله على رسوله صلى الله عليه وسلم على لسان جبريل بعدما سمعه جبريل منه فتلاه جبريل على محمَّد صلى الله عليه وسلم وتلاه محمَّد على أصحابه ،وتلاه أصحابه على الأمة و لم يصر بتلاوة المخلوقين مخلوقاً ؛لأنَّ ذلك

....

الكلام بعينه الذي تكلم الله به فهو غير مخلوق فبكل حال متلواً ومحفوظاً ومكتوباً ومسموعاً ومن قال :إنَّه مخلوق على حال من الأحوال فهو كافر حلال الدم بعد الاستتابة منه . ويعلم أنَّ الإيمان قول وعمل ونيَّة قول باللسان وعمل بالأركان والجوارح ،وتصديق به يزيد وينقص ،يزيد بالطاعة وينقص بالمعصية ،وهو ذو أجزاء وشعب فأرفع أجزائه لا إله إلا الله ،وأدناها إماطة الأذى عن الطريق، والحياء شعبة من الإيمان والصبر من الإيمان بمترلة الرأس من الجسد ،والإنسان لا يدري كيف هو مكتوب عند الله ولا بما ذا يختم له ؛فلذلك يقول مؤمن إن شاء الله ،وأرجو أن أكون مؤمناً ولا يضره الاستثناء والرجاء ،ولا يكون بهما شاكاً ولا مرتاباً ؛لأنَّه يريد بذلك ما هو مغيب عنه عن أمر آخرته ،وخاتمته وكل شيء يتقرب به إلى الله تعالى ويعمل لخالص وجهه من أنواع الطاعات فرائضه وسننه وفضائله فهو كلُّه من الإيمان منسوب إليه ولا يكون للإيمان نهاية أبداً ؛لأنَّه لا يكون نهاية للفضائل ولا للمبتوع في الفرائض أبداً ،ويجب أن نحب الصحابة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلّهم ،ونعلم أنَّهم خير الخلق بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ،وأنَّ خيرهم كلهم وأفضلهم بعد رسول اله صلى الله عليه وسلم أبو بكر الصديق ثم عمر بن الخطاب، ثم عثمان بن عفان، ثم علي بن أبي طالب رضي الله عنهم ،ويشهد للعشرة بالجنَّة ،ويترحم على أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ،ومن سبَّ سيدتنا عائشة رضي اله عنها فلا حظ له في الإسلام، ولا يقول في معاوية رضي الله عنه إلا خيراً ،ولا يدخل في شيء شجر بينهم ،ويترحم على جماعتهم قال تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغۡفِرۡ لَنَا وَلِإِخۡوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَا تَجۡعَلۡ فِي قُلُوبِنَا غِلّٗا لِّلَّذِينَ ءَامَنُواْ رَبَّنَآ إِنَّكَ رَءُوفٞ رَّحِيمٌ ﴾ [الحشر:١٠] وقال فيهم : ﴿ وَنَزَعۡنَا مَا فِي صُدُورِهِم مِّنۡ غِلٍّ إِخۡوَٰنًا عَلَىٰ سُرُرٖ مُّتَقَٰبِلِينَ ﴾ [الحجر:٤٧]ولا يكفر بترك شيء من الفرائض غير الصلاة المكتوبة وحدها ،فإنَّ من تركها من غير عذر ،وهو صحيح فارغ حتى يخرج وقت الأخرى فهو كافر ،وإن لم يجحدها لقوله صلى الله عليه وسلم(بين العبد والكفر ترك الصلاة فمن تركها ،فقد كفر)ولا يزال كافراً حتى يعيدها ،فإن مات قبل أن يندم ويعيد أو يضمر أن يعيد لم يصلَّ عليه وحشر مع فرعون وهامان وأبي بن خلف ، وسائر الأعمال لا يكفر بتركها ،وإن كان يفسق حتى يجحدها ، ثم قال هذا قول أهل السنة والجماعة الذي من تمسك به كان على الحق المبين ،وعلى منهاج الدين والصراط المستقيم، ورجي به النجاة من النار ،ودخول الجنة إن شاء الله تعالى........) المنتظم ١٥/٢٧٩-٢٨٢.

٢-ورد في تعليقه ما يدلُّ على أنه يقول بزيادة الإيمان ونقصانه حيث قال((أمَّا الجواب عن قوله عليه السلام ((من حمل علينا السلاح فليس منَّا)) [١] فهو أنَّه نقل عنه كمال الإيمان كقوله عليه السلام ((من غشنا فليس منا)) [٢]) [٣]

٣-وصفه تلميذه الخطيب البغدادي بأنَّه كان صحيح المذهب. [٤]

٤- ما ذكره الحافظ ابن حجر في ترجمة عمران فإنَّه ذكر أبيات عمران التي رثى بها عبد الرحمن بن مُلْجَم قاتل علي بن أبي طالب ﷺ يقول فيها:

يا ضربةً من تقيٍّ ما أراد بها إلا ليبلغ من ذي العرش رضواناً
إنِّي لأذكره يوماً فاحسبه أوفى البريَّة عند الله ميزاناً

فعارضه الإمام أبو الطيِّب الطَّبري فقال:

إنِّي لأبرأ مما أنت تذكره عن بن مُلْجم الملعونِ بهتاناً
إنِّي لأذكره يوماً فألعنه ديناً وألعن عمران بن حطاناً [٥]

وهذا يدلُّ على بغضه لأهل البدع .

فما تقدَّم يدلُّ على أنَّ عقيدته عقيدة أهل السنة والجماعة والله أعلم .

---

[١] أخرجه من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما البخاري في كتاب الفتن ،باب قول النبي صلى الله عليه وسلم((من حمل علينا السِّلاح فليس منَّا) ٢٦/١٣ برقم (٧٠٧٠-٧٠٧١).
ومسلم في كتاب الإيمان باب قول النبي ﷺ من حمل علينا السِّلاح فليس منَّا ٩٢/٢.برقم (١٦١)

[٢] أخرجه من حديث أبي هريرة ﷺ مسلم في كتاب الإيمان باب قول النبي ﷺ من غشَّنا فليس منَّا ٩٣/٢ برقم(١٠٢)

[٣] التعليقة الكبرى رسالة ماجستير مقدمة من الشيخ : عبد الله بن عبد الله الحضرم ص٩٥٠ .١/ل١٠٩أ.

[٤] تأريخ بغداد ٣٥٩/٩.

[٥] انظر/ الإصابة ٣٠٣/٥.

المبحث السابع : مذهبه الفقهيُّ ومكانته العلميَّة ، وثناء العلماء عليه :

القاضي أبو الطيِّب شافعيُّ المذهب، وهو من كبار أئمة الشافعية وعلمائهم ،بل كان من أفقه الشافعية في عصره ،ومن أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي،[1] وله مفردات في المذهب مشهورة منها:

١-أنَّ خروج المنِّي ينقض الوضوء،وجمهور الشَّافعيِّة على أنَّه لا ينقض الوضوء بل يوجب الغسل فقط.

٢- ومنها أنَّ الكافر إذا صلَّى في دار الحرب فصلاته إسلام ،وجمهور الشَّافعيَّة على أنَّها ليست بإسلام إلا أن ينطق بالشهادتين . [2]

وقد أثنى الكثير من العلماء على القاضي أبي الطَّيِّب سواء من الذين عاصروه ،أم من الذين جاءوا من بعدهم بعبارات تدلُّ على فضله ،وعلمه .

قال أبا محمَّد الباقي : أبو الطيِّب أفقه من أبي حامد الإسفراييني. [3]

وقال أبو حامد: أبو الطيِّب أفقه من أبي محمَّد الباقي. [4]

وقال تلميذه الخطيب البغدادي :وكان أبو الطيِّب الطَّبري ثقةً صادقاً ديناً ورعاً عارفاً بأصول الفقه وفروعه، محقِّقاً في علمه، سليم الصدر، حسن الخلق، صحيح المذهب، جيِّد اللِّسان، يقول الشعر على طريقة الفقهاء. [5]

---

[1] طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه ٢٣٢/١.

[2] انظر/ طبقات ابن كثير ٤١٤/١، سير أعلام النبلاء ٦٧١/١٧.

[3] انظر/تأريخ بغداد ٣٥٩/٩، سير أعلام النبلاء ٦٦٩/١٧،طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه ٢٣٣/١.

[4] انظر/ المراجع السابقة .

[5] تأريخ بغداد ٣٥٩/٩.

وقال تلميذه أبو إسحاق الشِّيرازي : و لم أر فيما رأيت أكمل اجتهاداً وأشد تحقيقـــاً وأجود نظراً منه، وشرح المزني، وصنَّف في الخلاف ،والمذهب، والأصول ،والجـــدل كتباً كثيرة ليس لأحد مثلها. [1]

وقال في ترجمة شيخه :أبي حاتم محمود بن الحسن الطَّبري :و لم أنتفـــع بـــأحد في الرحلة كما انتفعت به ،وبالقاضي أبي الطيِّب. [2]

وقال النووي :وهو الإمام البارع في علوم الفقه. [3]

وقال ابن كثير :أحد أئمة المذهب وشيوخه المشاهير الكبار . [4]

قال السُّبْكي : الإمام الجليل القاضي أبو الطيِّب الطَّبري ،أحد حملة المذهب ورُفَعائـــه كان إماماً بحراً غوَّاصاً متَّسعَ الدائرة ،عظيم العلم ،جليل القدر ، كبير المحلِّ ،تفـــرَّد في زمانه وتوحَّد ، والزمان مشحون بأخدانه ، واشتهر اسمه ،فملأ الأقطـــــار ،وشـــاع ذكره،فكان أكثر حديث السُّمّار ، وطاب ثناؤه ،فكان أحسن من مِسْـــــك الليـــل وكافُور النَّهار .

والقاضي فوق وصف الواصف ومدحه ،وقَدره ربا على بسيط القائل وشرحه ،وعنــه أخذ العراقيون العلم وحملوا المذهب . [5]

وقال :وكان القاضي أبو الطيِّب حسن الخلق ،مليـــح المُـــزاح والفكاهـــة، حلـــو الشِّعْر. [6]

---

[1] طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٣٥.

[2] المرجع السابق ص١٣٧.

[3] تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٧.

[4] طبقات ابن كثير ١/٤١٤.

[5] طبقات الشافعية لابن السبكي ٥/١٢

[6] المرجع السابق ٥/١٥.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في كلامه عن حكم الغناء ،وحكاية مذهب الشافعية فيه : بل صنف أفضلهم في وقته أبو الطيِّب الطَّبري شيخ أبي إسحاق الشِّيرازى في ذلك مصنفاً معروفاً .[1]

قال الذهبي :الإمام العلامة شيخ الإسلام .[2]

وقال ابن قاضي شهبة :أحد أئمة المذهب وشيوخه ،والمشاهير الكبار.[3]

هذا بعض ما أثنى به العلماء على القاضي أبي الطيب ، من معاصريه وغيرهم ، ومن الشافعية وغيرهم ، وكفى بها تبياناً لعلوِّ مكانته –رحمه الله – عند علماء مذهبه وغيرهم ، وفيما تركه من مصنفات خير شاهد لإمامته ومكانته في العلم والدِّين رحمه الله تعالى .

---

[1] مجموع الفتاوى ١١/٥٧٣.

[2] سير أعلام النبلاء ١٧/٦٦٩.

[3] طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٣٢.

المبحث الثامن : مصنفاته.

١-التعليقة الكبرى في الفروع .

هكذا سمَّاه جماعة ممن ترجم له ، وسمَّاه بعضهم: شرح مختصر المزني ،وهو كتابنا هذا ، وسيأتي إن شاء الله تعالى الكلام عنه مفصَّلاً. [١]

٢-جزء سمعه من أبي أحمد الغِطْرِيفيُّ:[٢]

وهو عبارة عن واحدٍ وتسعين حديثاً رواها الإمام أبو أحمد الغِطْرِيفِيُّ عن شيوخه بسند عال، ثم رواها عنه القاضي أبو الطيِّب متفرِّداً في الدُّنيا بعلوِّه ،وقد طبع هذا الجزء بتحقيق الدكتور عامر حسن صبري في دار البشائر الإسلامي ببيروت سنة ١٤١٨ هـ.

٣- الرَّد على من يحبُّ السَّماع.

وقد طبع الكتاب بدار الصحابة للتُّراث بطنطا – دراسة وتحقيق - : مَجْدِي فتحي السيد ،الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م .

وسمَّاه الزركلي [٣]،(جواب في السماع والغناء). [٤]

٤-روضة المنتهي في مولد الشافعي :

وذكر القاضي في آخره بعض أئمة المذهب

وللكتاب نسخة بمكتبة صائب بأنقرة برقم : (٣١٠١). [٥]

---

[١] ص٦٣ وما بعدها.

[٢] انظر/تأريخ بغداد ٣٥٨/٩، سير أعلام النبلاء ٦٦٨/١٧، طبقات ابن كثير ٤١٣/١.

[٣] انظر/ الأعلام ٢٢٢/٣.

[٤] ولعله المراد بقول شيخ الإسلام المتقدم ص٥٧.

[٥] انظر/ تأريخ التراث العربي ١٩٥/٢،و انظر/ كشف الظنون ١١٠٠/٢،معجم المؤلفين ١٢/٢.

٥- شرح الكفاية والجدل :

هكذا سمَّاه الزَّركشي في كتابه البحر المحيط [١] ،وسمَّاه السُّبْكِي في الإبهاج [٢]ورفع الحاجب [شرح الكفاية]. [٣]

٦-شرح فروع ابن الحداد: [٤]

وهو شرح لكتاب ((الفروع المولَّدات)) للعلامة أبي بكر بن الحدَّاد المصري .

٧-المجرد : [٥]

نقل عنه صاحب حلية العلماء، [٦] والنووي في الروضة. [٧]

٨-المخرَّج في الفروع :

نَسبه إليه حاجي خليفة،[٨]وإسماعيل باشا. [٩]

٩-المستخلص:

انفرد بذكره النووي في المجموع . [١٠]

١٠-كتاب في مسألة غسل الرجلين في الوضوء :

---

[١]البحر المحيط ١/٧.

[٢]الإبهاج ١/٣٣٨.

[٣]ورفع الحاجب ١/٢٣٣.

[٤]انظر/ البداية والنهاية ١٢/٧٩،طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٣٤، كشف الظنون ٢/١٢٥٦.

[٥]انظر/ طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٣٤، معجم المؤلفين ٢/١٢.

[٦] حلية العلماء ٣/١٨٩.

[٧]الروضة ٢/١٣٥-١٤١،٣/١٥٢

[٨]انظر/ كشف الظنون ٢/١٦٣٨.

[٩]انظر/ هدية العارفين ٥/٤٢٩.

[١٠]المجموع٢/٤٢٣.

ذكره ابن السَّمعاني في قواطع الأدِّلة .[1]

١٣-كتاب الإجماع :

ذكره ابن السمعاني في قواطع الأدِّلة.[2]

١١- منهاج النظر :

ذكره ابن الصلاح في فتاويه .[3]

١٢-المنهاج في الخلافيات :[4]

وقد اسند المصنف فيه كثيراً عن شيخه الحافظ أبي الحسن الدار قطني .[5]

١٣- منظومة في الطهارة:

وَتقع في ورقتين وهي ثمانية وسبعين بيتاً ،موجودة في دار الكتب الظاهرية بدمشق برقم ٤١٢٣٧٧٨/١٣ ،ولها صورة في مكتبة المخطوطات بالجامعة الإسلامية برقم ٧٠٥٧/١٣.

١٤-تصنيف على (كتاب سمات الخط ورقومه).

لعلي بن إبراهيم البغدادي وهى طويلة الذيل كثيرة الشعب خصها كثير من الأئمة بالتصنيف كالقاضي أبي الطيِّب الطَّبري، وأبي منصور البغدادي

---

(١) قواطع الأدِّلة ٥٣/٣.

(٢) قواطع الأدِّلة ٢٨٦/٣.

(٣) فتاوى ابن الصلاح ٢٤٥/٢.

(٤) انظر/ طبقات ابن السبكي ١٣/٥، رفع الحاجب ٢٣٨/١، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٣٤/١.

(٥) انظر/ طبقات ابن السبكي ١٣/٥.

وطوائف آخرهم الادفوى فأجاد سماه الإمتاع الإقناع ولخصه أبـــو حـــامد القدسي كذا في كشف الظنون .[1]

[1] كشف الظنون ٢/١١٠١.

المبحث التاسع : وفاته .

عُمِّر القاضي أبو الطيِّب حتى بلغ المائة ،قال أبو إسحاق الشِّيرازي : ومات سنة خمسين وأربعمائة وهو ابن مائة وسنتين لم يختل عقله ولا تغيَّر فهمه ،يفتي مع الفقهاء ،ويستدرك عليهم الخطأ ،ويقضي ويشهد ويحضر المواكب في دار الخلافة إلى أن مات. [1]

ويحكى أنَّ القاضي أبا الطبيب صعد من السُّمَيْرِيَّةُ[2]،وقد تم له عشر المائة فقفز منها إلى الشطِّ ،فقال له بعض من حضر: يا سيدنا لا تفعل هذا فإنَّ أعضاءك تضعف ،وربما أورث مثل هذه الطفرة فتقاً في المِعَى ،فقال: يا هذا إنَّ هذه أعضاءنا حفظناها من معاصي الله فحفظها الله علينا. [3]

توفي رحمه الله في يوم السبت لعشر بقين من شهر ربيع الأول سنة خمسين وأربعمائة ببغداد ،وله مائة وسنتان رحمه الله،ودفن من الغد يوم الأحد عشرين من شهر ربيع الأول في مقبرة باب حرب ،وصلَّى عليه الشيخ أبو الحسن بن المهتدي بالله الخطيب في جامع المنصور . [4]

---

[1] طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٣٥

[2] السُّمَيْرِيَّةُ :ضَرْبٌ من السُّفُن. لسان العرب ٤/٣٧٩.

[3] صفوة الصفوة ٢/٤٩٢-٤٩٣.

[4] انظر/ تأريخ بغداد ٩/٣٦٠، المنتظم ١٦/٤٠،أعمار الأعيان لابن الجوزي ص٩٢،طبقات الشافعية لابن السبكي ٥/١٦، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٣٤،سير أعلام النبلاء ١٧/٦٧٠-٦٧١.

الفصل الثّاني : دراسة موجزة عن الكتاب ، وفيه ستة مباحث .

المبحث الأول :اسم الكتاب وتوثيق نسبته لمؤلفه.

المبحث الثّاني : أهمية الكتاب .

المبحث الثالث :منهج الشارح في كتابه .

المبحث الرابع : مصادر الشارح في كتابه .

المبحث الخامس : الملاحظات على الكتاب .

المبحث السادس : وصف النسخ الخطية.

المبحث الأول :اسم الكتاب وتوثيق نسبته لمؤلفه .

أمَّا اسم الكتاب:

فلم ينصَّ القاضي أبو الطيِّب الطَّبري في مقدَّمة كتابه على اسم هـذا الكتـاب ،لكنَّه نصَّ في نهاية الكتاب على تسميته بالتعليق [1] قال : ((هذا منتـهى مـا احتيج إلى إلحاقه بالتَّعليق ، مذهباً مجَّرداً، إذ كان ما تقدَّم ذكره بمقتضى مسـائل الخلاف ...)).

ومما يؤيِّد هذا أنَّ كثيراً من المصادر التي ترجمت للقاضي ،أو نقلت عنه نصَّـت على ذلك كالشِّيرازي،[2] والقفال ،[3] والسبكي [4] ، وابن قاضي شـهبة [5] وغيرهم .

أمَّا ما ورد من تسمية الكتاب بـ: (بشرح مختصر المزني) [6]و(التعليقة الكـبرى في الفروع) [7]فهو باعتبار مضمون الكتاب وموضوعه ، والله أعلم بالصَّواب .

---

[1] التعليق عند الشافعية :وهو أن يقعد عالم وحوله تلامذته بالمحابر والقراطيس، فيتكلم بما فتح الله سبحانه وتعالى عليه من ،العلم ويكتبه التلامذة فيصير كتاباً.انظر/ كشف الظنون ١/١٦١.

[2] انظر/ المهذب ١/١٥٥.

[3] انظر/ حلية العلماء ٣/٦٨.

[4] انظر/ طبقات السبكي ٥/٤٦-٤٧.

[5] طبقات ابن قاضي شهبة ١/٢٣٤.

[6] انظر/ طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٣٥،ووفيات الأعيان ٢/٥١٤.

[7] انظر/ الأعلام ٣/٣٢٢، تأريخ التراث العربي ٢/١٩٥،كشف الظنون ١/٤٢٣.

توثيق نسبة الكتاب للمؤلف :

أمَّا توثيق نسبة الكتاب إلى المؤلف فلا ريب في نسبة هذا الكتاب إلى القــاضي أبي الطيِّب الطَّبري رحمه الله ، وذلك لأمور منها:

١- إثبات نسبته إليه على غلاف النسختين للكتاب ،فقد جاء في نسخة ب مـا نصه : (تعليق الطَّبري الثَّامن) وجاء في نهاية الجزء الثامن من نســـخة ب مانصه (آخر الجزء الثامن من شرح مختصر المزني للشيخ أبي الطيِّب الطَّـبري رحمه الله).

٢- أنَّ كثيراً ممن نقل عن التعليق ،وأخذ منه من علماء الشافعية نســـبوه إلي القاضي أبي الطيِّب رحمه الله . [1]

٣- أنَّ كلَّ من ترجم للقاضي أبي الطيِّب الطَّبري ،وتعرض لمؤلفاته ،ذكرهـــا من ضمن مصنفاته . [2]

---

[1] انظر/ المهذب ١/١٥٥، حلية العلماء ٣/٦٨، طبقات السبكي ٥/٤٦-٤٧، المنثور ١/٧٦.

[2] انظر على سبيل المثال طبقات الفقهاء ص١٣٥، وفيات الأعيان ٢/٥١٤، طبقات الســـبكي ٥/٤٦-٤٧،سير أعلام النبلاء ١٧/٦٧١.

المبحث الثَّاني : أهمِّيَّة الكتاب.

يُعَدُّ كتاب التعليق لأبي الطَّيِّب الطَّبري من أهم المراجع الفقهية وأقدمها في المذهب الشافعي خاصَّة ،وفي الفقه بوجه عام ،ومن كتب الخلاف التي تميَّزت بكثرة الاستدلال ،وقد أثنى العلماء على هذا السفر الجليل .

يقول ابن السبكي : (وله التعليقة التي عليها ،وعلى تعليقة الشيخ أبي حامد مدار العراق بل مدار المذهب) [1]

ويقول ابن قاضي شهبة : (ومن تصانيفه التعليق نحو عشر مجلدات وهو كتاب جليل). [2]

ويقول حاجي خليفة (...تعليقة عظيمة في نحو عشر مجلدات كثيرة الاستدلال والأقيسة). [3]

وقد اشتمل هذا الكتاب على الكثير من المحاسن من أهمها :

١- حسن العرض للمسائل ،وجودة الترتيب .
٢- غزارة المادة العلمية للكتاب ،و اشتماله على جلِّ المسائل الفقهية في كل باب ،مع كثرة التفريعات ،والتفصيلات،والضوابط .
٣- ذكر كثير من القواعد الفقهية والأصولية .
٤- حوى الكتاب علوماً شتى ،كعلم الأصول،والتفسير ،والجرح والتعديل وعلم العربية .
٥- أهتمَّ المصنف بذكر أراء الصحابة، والتابعين، والفقهاء ،وذكر أدلَّتهم .

---

[1] طبقات ابن السبكي ١٣/٥.
[2] طبقات ابن قاضي شهبة ٢٣٤/١.
[3] كشف الظنون ٤٢٤/١.

٦- وفرة الأدلّة النقلية و العقلية ،والتي يوردها المنصف في حلّ المسائل الـــتي يذكرها .

٧- اشتمل الكتاب على الكثير من الفروق الفقهية والتي تدلُّ على سعة الملكة الفقهية للمصنف .

٨- كثرة الاعتراضات والردود ،التي تدلُّ على سعة إطلاع أبي الطيِّب علـــى مسائل الخلاف وأدلتها ،كما تدلُّ على قوّة حجَّته .

المبحث الثالث :منهج الشارح في كتابه .

من خلال اطلاعي على هذا الكتاب وتحقيقي هذا الجزء منه يتَّضح أنَّ منهج المصنف في كتابه يمكن تلخيصه في النقاط التالية :

١- افتتح المصنف كتابه بمقدمة مختصرة ،بدأ فيها بحمد الله والصلاة والسلام على رسوله ﷺ ، ثم بين منهجه في كتابه من حيث الجملة فقال : ((جميع الأحكام لا تخلو من أحد أمرين :

إمَّا أن تكون مما أُجمع عليه ،أو اختلف فيه ،فالمجمع عليه لا عمل لنا فيه غير تصويره .

وأمَّا المختلف فيه فإنَّا نبدأ بذكر مذهبنا فيه ، ثم المخالف ، ثمَّ ما احتجَّ به ، ثمَّ دليلنا ، ثم الجواب للمخالف))[1].

ثم ذكر مقدِّمه أصولية مختصرة في الأدلَّة التي يحتجُّ بها وشرحها شرحاً موجزاً .

٢-سار المصنف في تبويب الكتاب وترتيبه مسير المزني في مختصره ،وبعد ذكره للكتاب يذكر الأصل في مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع والقياس .

٣-عرض المسائل الفقهية :

يبدأ المصنف بنقل كلام الشَّافعي من عبارة المزني في مختصره بنصِّها إن كانت قصيرة ،وإلا ذكر طرفاً منها ثم :يقول : (إلى آخر الفصل)، ثم بعد نقله لعبارة المزني يعقِّب بقوله : (وهذا كما قال). ويعنون لكلام الشافعي بـ((مسألة)) وقد يترك شرح بعض العبارات التي سبق شرحها،أو يذكرها ويحيل على الموضع

---

[1] انظر/ التعليقة الكبرى بالفروع ص١٨٨ بتحقيق حمد بن محمَّد الهاجري رسالة ماجستير .

السابق ،ثم يقوم بعرض المسألة ،فإن كانت المسألة متفق عليها فإنَّه يصوِّر المسألة ،ويذكر دليلها .

وإن كانت من المختلف فيه فإنَّه يبدأ بذكر مذهب الشافعي ،ويذكر أحياناً من وافقه من الصحابة والتابعين والفقهاء ، ثم يذكر مذهب المخالف وأكثر ما يذكر مذهب الإمام أبي حنيفة ، ثم الإمام مالك ، ويذكر مذهب الإمام أحمد عند ذكر مذهب غيره من الفقهاء كالثوري وإسحاق وأبي ثور وغيرهم ،ثم يذكر أدلة المخالف مبتدئاً بقوله ((**واحتجَّ من نصره**)) أو بقوله ((واحتجَّ من نصرهم)) ويذكر غالباً وجه الاستدلال بها ،ثمَّ يذكر دليل الشافعية بقوله ((**ودليلنا**)) ثم يذكر الاعتراضات الواردة عليه إن وجدت ،ويجيب عنها،ثم يجيب عن أدلة المخالف ،ويطيل المصنف في هذا غالباً.

وفي كثير من المسائل اكتفى المصنف بذكر الخلاف في المذهب الشافعي دون التعرض للمذاهب الأخرى ،فإن كان للشَّافعي قولان في المسألة ذكرهما ،وبيَّن القديم والجديد منهما ،و يذكر أحياناً من قال بهما من أئمة المذهب والصحيح منهما، وكذلك إذا كان في المسألة أكثر من طريق، أو وجه فإنَّه يذكرها ويقطع بأحدهما أحياناً.

وبعد ذكر المسألة وتقرير حكمها ،يفرع عليها المصنف بفصول وفروع .

٤- إذا مرَّت كلمة غريبة فإنَّ المصنف يقوم ببيانها أحياناً.

٥-يورد المصنف الأحاديث بدون ذكر إسنادها ،وبدون ذكر صحابي الحديث غالباً ،ويورد الحديث بالمعنى ،وفي بعض المواضع يتكلم عن الإسناد ،وقد يحكم على الحديث أحياناً.

٦- يشتمل الكتاب على بعض الشواهد الشعرية .

٧- لم يخرج المصنف في ترجيحه في المسائل عن المذهب الشافعي ،وأحياناً يذكر الأوجه والأقوال من غير ترجيح بينها .

٨- يختم المصنف الكثير من المسائل بقوله : ((والله أعلم بالصَّواب)) أو ((والله أعلم)).

المبحث الرابع : مصادر الشارح في كتابه .

من خلال تحقيقي لهذا الجزء من الكتاب تبيَّن لي أنَّ القاضي أبا الطَّيِّب أعتمد على كثير من المصادر، وهي على نوعين: مصادر صرَّح بذكرها ،ومصادر نقل عن أصحابها و لم يصرِّح بذكرها .

فأمَّا التي صرح بذكرها ونص عليها فهي كتالي :

١- التقريب :لابن القفال .[1]

٢- الأم :للشافعي .[2]

٣- حرملة :[3]

٤- مختصر البويطي :[4]

---

[1] كما في ص ٨٥٨.وهو شرح لمختصر المزني.

وقد أثنى عليه كثير من علماء الشافعية،وحجم التقريب قريب من حجم الرافعي وهو شرح على المختصر جليل استكثر فيه من الأحاديث ومن نصوص الشَّافعيُّ بحيث إنه يحافظ في كل مسألة على نقل ما نص عليه الشَّافعيُّ في جميع كتبه ناقلاً له باللفظ لا بالمعنى بحيث يستغني من هو عنده غالباً عن كتب الشَّافعيّ كلها قال الإسنوي :و لم أر في كتب الأصحاب أجلَّ منه ،وقد نسبه بعضهم إلى القفال الشاشي وهو غلط ، والمعروف أنه لولده ،وهو ما جزم به العبادي في الطبقات والرافعي في القضاء وقال في التهذيب: إنه الأظهر ، لخصه إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني الشَّافعيُّ المتوفى سنة ثمان وسبعين وأربعمائة وفي نهايته نقول من هذا الكتاب وفي البسيط والوسيط أيضاً.

انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢/١/٢٧٨-٢٧٩،طبقات الشَّافعيَّة لابن قاضي شهبه ١/١٩١-١٩٢، كشاف الظنون ١/٤٦٦.

[2] كما في ص ١٩٩،٩٠٠.

[3] كما في ٣٠٢، ٣٥٠،قال النووي (وقولهم (قال في : حرملة) أو(نص في :حرملة) معناه قال الشافعي في الكتاب الذي نقله عنه حرملة فسمي الكتاب باسم راوية مجازاً كما يقال قرأت البخاري ومسلماً والترمذي والنسائي وسيبويه والزمخشري وشبهها)تهذيب الأسماء واللغات ١/١/١٥٦

[4] كما في ٥٢٩،٦٢٥،وهو مخطوط وله صور فلمية بالجامعة برقم (٦٠٠٣).

٥- صحيح مسلم [١]

٦- صحيح البخاري [٢]

٧- الإملاء. [٣]

وأمّا النوع الآخر وهي التي لم يصرِّح بذكرها :فقد نقل القاضي أبو الطيب الطبري كثيراً عن ابن سريج [٤]ونقل عن أبي علي بن أبي هريرة [٥] ،وعن أبي إسحاق المروزي [٦] ،وأبي الحسن الماسرجسي [٧] ،والقاضي أبي حامد [٨] ، ،وأبي العباس بن القاص [٩] ،وعن أبي يوسف [١٠] محمد بن الحسن الشيباني [١١] ، ابن الحداد [١٢] ، وعن الكرخي. [١٣]

---

[١] كما في ٢٧٤.

[٢] كما في ٢٧٣.

[٣] كما في ص٣٣٣،٧٧٦،٩١٥.

[٤] كما في ص ١٨٧،٣٣٦،٣٧٦،٤٨٨، ٥٨٤.

[٥] كما في ص ١٢٦،١٢٨،٣٥٧،وهو من كتب الإمام الشافعي ،انظر/ كشف الظنون ١/١٩٦.

[٦] كما في ص١٤٠،٣٥٧،٣٦٢،٣٩٠.

[٧] كما في ص ٢٥٠.

[٨] كما في ص٢٥١،٣١٦.

[٩] كما في ص١٧٥،٩٥٠.

[١٠] كما في ص١٦٠،٨٨١

[١١] كما في ص ١٧٩،٨٨١.

[١٢] كما في ص ٣٣٢.

[١٣] كما في ص ٢٠٨.

المبحث الخامس : الملاحظات على الكتاب :

لا ريب أنَّ كتاب التعليقة لأبي الطيِّب الطَّبري من الكتب التي تعدَّدت مزاياه، وظهرت محاسنه ،ولكن عمل البشر لابدَّ أن يعتريه شي من النقص ،وقد لوحظ على الكتاب بعض الملحوظات التي لا تنقص من قيمة الكتاب العلمية ،ولا من مكانة مصنفه رحمه الله ،ومن تلك الملحوظات :

١-تقيّد المصنف رحمه الله بالمذهب الشافعي عند الترجيح ،والتكلف بالإجابة على دليل المخالف أحياناً.

٢- استدلاله بالأحاديث الضعيفة في بعض المواضع دون بيان ضعفها .[١]

٢- استدلاله بأحاديث حكم عليها بعض أهل العلم بالوضع .[٢]

٣- ذكره الأحاديث بالمعنى، وذكر الأحاديث الصحيحة بصيغة التمريض (رُوِيَ)[٣] .

٤- نقل المصنف عن أبي حنيفة[٤]وعن مالك[٥] في أحد المواضع وعند الرجوع إلى كتب المذهب وجدته بخلاف مانقل ، وكذلك عن إسحاق في مسألة خيار الشفعة هل يورث.[٦]

---

(١) كما في ص٣٠٠.

(٢) كما في ص ٣٠٤،٣٠٥.

(٣) كما في ص ٨٨.

(٤) كما في ص٤٠٢

(٥) كتاب الشُّفعة ص٣٩٥.

(٦) ص٣٤٧.

المبحث السادس : وصف النسخ الخطية.

لقد اعتمدت في تحقيقي هذا الجزء من كتاب التعليقة الكبرى على نسختين وفيما يلي وصفهما :

النُسخة الأولى :

ورمزت لها بالرمز (أ)وهي الأصل الذي اعتمدت عليه،وتوجد منها عشرة أجزاء ،أولها الجزء الثاني ،وبها خروم وهي موجودة بدار الكتب المصرية برقم [٢٦٦] فقه شافعي :

والقسم الذي يخصني يقع في المجلد الخامس ،والسادس ،وهي مكتوبة بخط مشرقي واضح وجميل .

أمَّا المجلد الخامس: فالذي يخصني من هذا المجلد يقع في ٥٣ لوحة ،وفيه كامل كتاب الغصب وجزء من كتاب مختصر الشفعة ثم ينتهي الجزء .

وأمَّا المجلد السادس: فالذي يخصني من هذا المجلد يقع في ٧٦لوحة، وفيه بقية كتاب الشفعة وما يتلوه من كتب إلى نهاية كتاب الإجارات ،فتوجد صورة منه ميكرو فيلم في مكتبة الجامعة الإسلامية تحت رقم [٥٩٢٥]. فيكون عدد اللوحات (١٢٩).

وعدد مسطرة هذه النسخة : (٢٧)سطراً في كلِّ صفحة .

وعدد الكلمات في كلِّ سطر: ما بين ١٠-١٢ كلمة.

النُّسخة الثَّانية :

ورمزت لها بالرمز (ب).

وتقع هذه النَّسخة في سبعة عشر جزءاً بمكتبة (طوب قبي سراي) في تركيا تحت رقم (٨٥٠)ويوجد منها ثلاثة عشر مجلّداً ،والمفقود أربعة مجلدات هي : الثّاني والسابع ،والحادي عشر ، والخامس عشر.

والذي يخصني يقع في المجلد السابع والثامن ،فأمَّا السابع فمفقود وأمَّا الثّامن فيبدأ بكتاب القراض ،وفيه: كتاب المساقاة و الإجارات.

والقسم الذي يخصني من هذا المجلد يقع في [٧٧].

عدد مَسطراتها :٢٥ سطراً .

عدد الكلمات : حوالي عشر كلمات في السطر.

-جاء في نهاية المجلد الثامن اللوحة ٢٠٦: (نجز في اليوم المبارك يوم الجمعة حادي عشر من رجب الفرد سنة سبع و أربعين وسبعمائة على يد الفقير إلى الله تعالى محمَّد البهاء الواسطي الشافعي [١] عفا الله عنه).

- وهذه النسخة كتبت بخط مشرقي منقوط جميل ولكن غالب الجزء الذي يخصني غير واضح .

[١] لم أعثر له على ترجمة .

نماذج من صور المخطوط

اذا رشش بحاجة على ثياب القاضي ماء الزعفران حتى تلفت او خرق قميصه
او وقع في دمه شيئا او قطع شيئا فانه لا يحسن بالقاضي ان يلبسها على تلك الحال
ومع هذا فلا يجب جميع قيمتها وكذلك اذا نتف بعض لحية القاضي فانه يجب
ارش جميع اللحية لذلك واما قولهم انه لا يمكنه ركوبها فغير صحيح لأن قطع ذنب
بغلته لا يمنعه من ركوبها كما لا يمنعه قطع اذنها ولا يبلغ عيبها ابطال ما قالوه

فصل وقال ابو حنيفة رحمه الله في عين البهيمة التي ينتفع بها من جهتين فان ارش عينها
[illegible] في احدى عينيها ربع قيمتها وفي عينيها نصف قيمتها وذلك مثل الدابة والناقة
والبعير والبقرة فان كل واحد منهم ينتفع به للركوب والحمل واحتج من نصره
بما روي عن عمر بن الخطاب انه قضى في احدى عيني الدابة بربع ثمنها وعلى عمر معلم
على القياس [illegible] ذلك امام من ائمة الصحابة وعلمائهم ودليلنا انها
على بهيمة فوجب ان لا يتقدر ارشها الدليل عليه الجناية على كل بهيمة ينتفع بها
من جهة واحدة وايضا فان كل حيوان لا يتقدر بدل رجله ويده وجب ان لا يتقدر
بدل عينه الدليل عليه ما ذكرنا وايضا فانه لو يتقدر البدل لوجب ان يكون في
احدى العينين نصف القيمة وفي العينين جميع القيمة الا ترى ان الآدمي لما
يتقدر بدل عينه كان في احدى عينيه نصف الدية وفي عينيه جميع الدية وكذلك
اذا كان عبدا فان في احدى عينيه نصف قيمته وفي عينيه جميعا جميع قيمته
فلما اجمعنا على ان هذا الحيوان ليس في احدى عينيه نصف قيمته وفي عينيه
جميعا جميع قيمته فلما اجمعنا على ان هذا الحيوان ليس في احدى عينيه نصف
قيمته دل على ان بدل عينه ليس بمقدر فاما الجواب عن حديث عمر فهو
ان ذلك كان ارش ما نقصت قيمة الدابة بقلع عينها وبلغ ربع ثمنها كما روي
عنه انه قضى في العين بخمسين دينارا وقضى في الضلع بجمل وكما روي عن ابي
بكر الصديق رضي الله عنه انه قضى في العين القائمة بثلث الدية ولم يكن ذلك
بمقدر ارش وانما هو حكومة بلغت هذا المقدار فكذلك ههنا على ان
عمر رضي الله عنه انما قضى بذلك في عين الدابة فمن اين لهم ان علة ذلك هو
الانتفاع بالحيوان من جهتين [illegible] غير الآدمي فاما
الآدمي فعلى ضربين حر ومملوك فاما الحر فلا يضمن باليد صغيرا كان او كبيرا
واذا جني عليه يتقدر ارش جنايته على حسب ما سنذكره في كتاب الجنايات واما المملوك فانه
يضمن

يضمن باليد صغيرا كان او كبيرا لانه مال يجري مجرى سائر الاموال في الضمان
المغصوب فان ذهب عضو من اعضائه او تغيرت صفة من صفاته وجب ارش
ما نقص ولا يتقدر ذلك ومن اصحابنا من قال يتقدر البدل بذلك
بضمان اليد كما يتقدر بضمان الجناية وهذا غلط لان ضمان اليد ضمان
الاموال لا ضمان النفوس الا ترى انه اذا مات لم يجب القصاص ولا
الكفارة ولا تحمل العاقلة قيمته فكان حاله حال البهيمة في ذلك فاما اذا جنى عليه
فكل جناية يتقدر ارشها من دية الحر يتقدر ارشها من قيمته كالجراح الحر
من ديته وكل جناية على الحر ليس فيها حكومة وجب فيها على العبد ارش ما نقص
وقال مالك لا يجب في الجناية على العبد ارش مقدر الا في الموضحة والمنقلة والمأمومة
والجائفة فانه يجب فيها ارش مقدر وهذا غلط لان كل جناية لو كانت
على الحر يتقدر فيها الارش من ديته فاذا كانت على العبد وجب ان يتقدر
فيها الارش من قيمته الدليل عليه الشجاج الاربع التي ذكرناها ولان كل
حيوان يتقدر ارش شجاجه وجب ان يتقدر ارش اطرافه كالحر

فصل قد ذكرنا فيما مضى انه اذا قطع يد عبد وجب عليه
نصف قيمته فاذا غصبه فذهبت يده باكلة فان قلنا ان ضمان اليد
ضمان الجناية وجب عليه نصف القيمة وان قلنا انه يضمن ضمان الاموال
فارش ما نقص واما اذا غصبه فقطع يده فان قلنا ان ضمان اليد ضمان
الجناية وجب نصف القيمة وان قلنا يضمن ضمان الاموال وجب
اكثر الامرين من نصف القيمة او ارش ما نقص فيهما لانه لزمه لان
السببين جميعا قد وجدا

فصل اذا قطع يدي عبد
لزمه جميع قيمته وكان لصاحب العبد امساك عبده ومطالبة الجاني
بجميع قيمته وقال ابو حنيفة اما ان يمسك العبد ولا شيء له او يسلمه
ويطالب بجميع القيمة واحتج من نصره بانا اذا جعلنا له امساك العبد
والمطالبة بجميع قيمته جمعنا له بين البدل والمبدل وذلك لا يجوز
كما لا يجوز ان يجمع بين الثمن والمثمن [illegible]
صارت ام ولده [illegible] وكان لا يجمع بين البدل
والمبدل وكذلك اذا غصب منه [illegible] له اجود منه

صورة من ٥/ل/٢٣٠ من النسخة (أ)

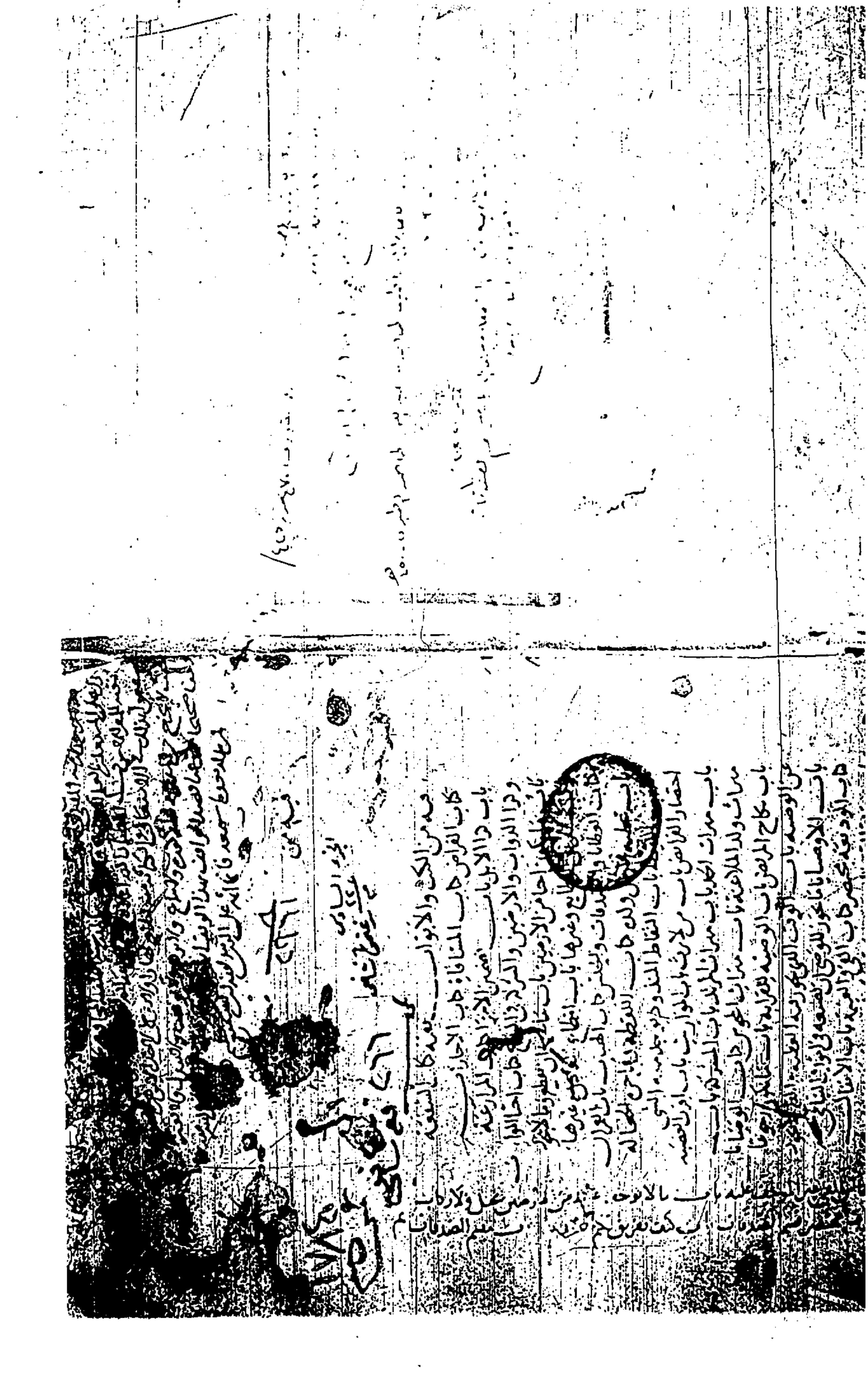
الدار لنفسه سمعت دعواه وبينته لانه يدعي ملكه وملك غيره وان كان
حفظ عليه اجارة الدار للمالك بينته ... او ملك دار او ملك ارضا
اشبه ذلك لم يسمع دعواه وبينته لانه كذبها بما صادفه مثل الدار لنفسه
فصل اذا ادعى انه غصب منه هذا المال الذي في يده واقام
شاهدين شهد احدهما انه غصبه يوم الخميس وشهد الاخر انه غصبه يوم الجمعة
فان الشهادة لم تتفق على شيء واحد لان الغصب يوم الخميس غير الغصب يوم
الجمعة وله ان يحلف مع ايهما شاء وان شهد احدهما انه غصب يوم الخميس وشهد
الاخر انه اقر يوم الجمعة بانه غصب لم تكمل الشهادة لانها لم تتفق على شيء
واحد لان فعل الغصب غير الاقرار به وله ان يحلف مع ايهما شاء ولو كان
المدعى عليه حلف بالطلاق انه لم يغصب واقام المغصوب منه شاهدا واحدا
وحلف معه انه غصب منه ثبت الغصب وله تسليم المال ولا يقع الطلاق لانه
لا يسمع في الطلاق الشاهد واليمين فيستعمل حجة في الموضع الذي يستعمل فيه
دون الموضع الذي لا يستعمل فيه ولو شهد احدهما انه اقر بالغصب يوم الخميس
وشهد الاخر انه اقر بالغصب يوم الجمعة كملت الشهادة لان الاقرار وان
اختلف فيه فانه يرجع الى شيء واحد فتتفق الشهادة على شيء واحد فلهذا وجب الحكم
بها فصل اذا اقر له بدار مبهمة ولم يعينها حتى مات قام وارثه مقامه
في التعيين فان عينها فذاك وان لم يعين طولب بالتعيين فان امتنع كان للمقر له
ان يعين اي دار شاء فان عين وصدقه الوارث سلم الدار وان كذبه كان له
ان يحلف ان تلك الدار ليست هي المقر له بها فان حلف طولب بالتعيين فان امتنع
حبس حتى يعين والله اعلم فصل اذا اوقد في ملكه نارا في يوم ساكن
الريح فحملت الريح شرارة منها فالقتها في ملك الغير كان عليه الضمان لانه مفرط
في ذلك وان لم يكن ريح وطارت منها شرارة فاحرقت مال الغير لم يضمنه لانه لم
يفرط في ذلك وكذلك اذا اوقد نارا في ملكه وحبسه في دار جاره تجره بصيبها
حما النار ... لم يلزمه ذلك لان له الانتفاع بملكه اذا لم يتضرر ذلك
بملك الغير وان فعل ذلك كان عليه الضمان وكذلك ان ... بعد ... سطحه
فرمى ما رمى من سطحه الى سطوح جيرانه فاتلف شيئا كان عليه ضمانه وان كان
ذلك فعلا في ملكه وكذلك [illegible]
وقد

وقد ذكرنا هذه الفصول في كتاب الديات مستقصاة فاغنى ذلك عن الاعادة
والله اعلم بالصواب

كتاب مختصر الشفعة

الشفعة ... متفرقة من ... على ... ملك ...
احتمالات الاحاديث وما احتج به على ... قوله الاصل في ثبوت الشفعة
الكتاب والسنة واما الكتاب فقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى واما
... ازالة الضرر عن الشريك ...
... واما السنة فما روي عن ابن المسيب وابي سلمة ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة
فان قيل هذا مرسل ... مرسل فالجواب ان الشافعي قال
ارسال ابن المسيب عندنا حسن وقد روى هذا الحديث ابو عاصم ...
... عن مالك عن الزهري عن ابن المسيب
... عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه الشافعي عن ...
... عن ابن جريج عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم
وروى البخاري في صحيحه حديث جابر ... انما جعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق
فلا شفعة ... عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة
... الطرق فلا شفعة وروى مسلم
... عن ابي الزبير ... اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق ...
... حديث جابر ... وهو قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة او حائط لا يحل له
ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فان باعه ولم
يؤذنه فهو احق به ... الشفعة ...
... عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الجار احق بسقبه والسقب
بالسين وبالصاد هو ...
... لا ... دارها ولا صقب
والشفعة ... وكان ...
فصل ... الشفعة ... ضرب ...
... منفردا ... عمره وضرب ... الشفعة اذا بيع منفردا

صورة من ٥/ل/٢٥٦ من النسخة (أ)



صورة من غلاف الجزء السادس من النسخة (أ)

صورة من ٦/ل/١ من النسخة (أ)

... كان لصاحب المال [illegible] لان [illegible]
دون العامل والثاني لا يكون مضافا الى الفعل دونه ويفارق هذا اذا اعطى شبكة
على ان يكون الصيد بينهما نصفين فاصطاد فيها صاحب قلنا ان الصيد يكون للصائد والاجرة عليه لصاحب
الشبكة لان الصيد مضاف الى الصائد دون الشبكة كما ان النماء في القراض مضاف الى العمل دون
العامل فــرع اذا اختلط مال القراض بماله خلطه بماله من غير [illegible]
بذلك وصار مال القراض لانه امانة في يده فاذا خلطه بماله من غير اذن صاحبه
كان ضامنا له كما قلنا في الوديعة اذا خلطها بماله من غير فــرع اذا اعطاه
الفا قراضا فتصرف فيها ثم اعطاه الفا اخرى بشرط ان يضمها الى الالف الاولى
ويخلطها ويتصرف فيهما معا لم يجز ذلك لان الالف الاولى قد استقر القراض فيها بالتصرف
فيها فاذا شرط عليه اضافة الالف الثانية اليها فقد شرط عليه اضافة الالف الثانية
اليها فقد شرط عليه ان يجبر خسران احداهما بالتجارة الاخرى وذلك لا يجوز لانه
اذا تصرف في المال واستقر حكمه كان حكم العقد الثاني باطلا اذ شرط فيه شرطا لا يقتضيه
فــرع اذا قارضه في بلد ثم سافر الى بلد فلقيه فيه فطالبه بالمفاصلة فقاسمه
فيما ملكه فهل للعامل ان يطالبه بنفقة رجوعه الى البلد الذي كان قارضه فيه ام لا
اذا قلنا ان نفقة العامل في ماله لم يكن له ذلك وان قلنا ان نفقته في مال القراض كان
له المطالبة بقدر نفقته وهل يطالب بجميع النفقة او بالقدر الذي يزيد على نفقته
في الحضر لاجل السفر على وجهين ذكرناهما فيما تقدم فــرع اذا كان لرجل ارض
فشرط عليه اجنبي ان يغرس فيها غراسا له على ان يكون الغراس بينهما والارض بينهما لم يجز
ولصاحب الارض ارضه ولصاحب الغراس غراسه وله ان يغرم قيمة الغراس
وعلى صاحبها ان يقلعها وله ان يطالبه بالقلع بشرط ان يغرم الارش وليس له
المطالبة بالقلع من غير ان يغرم الارش لانه غرس باذنه في ارضه فهو كالعارية في
العارية والله اعلم بالصواب

كتاب المساقاة

قال الشافعي رضي الله عنه ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل خيبر
على ان نصف الثمر لهم وكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان
شئتم فلكم وان شئتم فلي فاذا ساقى على النخل او العنب بجزء معلوم فهي المساقاة التي
ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعقد المساقاة عندنا جائز وهو ان يكون
للرجل

للرجل نخل [illegible] الى من [illegible] مصالحها [illegible]
وطريق الماء اليها وتسقيها وتصرف جريدها [illegible]
الذي يشقق انهارها ويعمل سائر ما يحتاج الثمر وصلاحها على ان يكون له
النصف من الثمرة ومن شرط صحة هذا العقد ان يكون الذي يجعله
للعامل معلوما وهو ان يقول نصف او ثلث او ربع وان يكون الملك
مقدرا فاذا حصل هذان الشرطان صح ذلك هذا مذهبنا وبه قال
ابو بكر الصديق وعمر رضي الله عنهما وسائر الصحابة رضي الله عنهم
وسعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله بن عمر ومالك والثوري والاوزاعي
واحمد واسحق وابو ثور وداود وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة
وزفر لا تصح المساقاة بحال واحتج من نصرهما بما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه نهى عن الغرر والمساقاة غرر لانه لا يدري اتسلم الثمرة او
لا تسلم وهل تكثر ثمرتها او تقل وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال من استأجر اجيرا فليعلمه اجره والاجرة في المساقاة مجهولة وروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المخابرة وهي معاملة اهل خيبر
وهي المساقاة فدل على انها منهي عنها ولانه استأجر اجيرا ببعض نماء الذي
استوجره فوجب ان لا يجوز اصله اذا زارعه وشرط بعض ما يخرج من
الزرع ولانه لو ساقاه في بستان على ان يكون له ثمرة نخل في بستان آخر
لم يجز فكذلك هذا ولان هذه نوع اجارة بدليل ان من شرطها ان تكون
المدة معلومة والاجارة اذا كانت الاجرة فيها مجهولة كانت باطلة ولان
اصول الشجر والنخيل والعقار يحتاج الى الخدمة والتربية ولا يجوز ان يعامل
عليها ببعض نمائها فكذلك هذا ولانه لا يجوز ان يستأجر راعيا لغنمه
بشرط ان يكون له بعض نتاجها فكذلك هذا ودليلنا ما روى ابن عمر
ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر او زرع
وروي عن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ساقى يهود خيبر على تلك
الاموال على الشطر وشرط عليهم وشرط عليهم انا اذا شئنا اخرجناكم
وروى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى اهل خيبر ارضها ونخلها
مقاسمة على النصف وان قيل ما رويتم يقتضي جواز المساقاة والمزارعة معا

ثم ادخل في العقد الا شرط العوض واما المسئلة الرابعة فهي اذا ساقاه على ان يكون
نصف الودي ونصف الثمرة للعامل كانت المساقاة باطلة لان مقتضاها ان
يشارك العامل رب المال في الفائدة دون الاصل فاذا شرط المشاركة في الاصل
كان ذلك مخالفا لمقتضاه فاذا ثبت انها فاسدة فالثمرة لصاحب الاصل والاجرة
للعامل لانه دخل بشرط العوض والمسئلة الخامسة اذا كان الودي مقلوعا غير
مغروس فساقاه فيها بشرط ان يغرسها كانت المساقاة باطلة لانه ساقاه على اصول
غير ثابتة ومن شرط المساقاة ان يكون الاصول ثابتة لان المساقاة على الزروع لا تصح
مع انها ثابتة في الارض فاولى ان لا يصح في الغراس اذا كان مقلوعا اذا ثبت هذا
فان الثمرة يكون لصاحبها واما العامل فهل يكون له اجرة المثل ام لا ينظر فان كان
وقت وقتا يحملها … فله الاجرة لانه شرط العوض وان كان وقت وقتا في مثله
لا تثمر فعلى قول المزني لا اجرة له وعلى قول ابي العباس له الاجرة مسئلة
قال وان اختلفا بعد ان اثمرت النخل على مساقاة صحيحة فقال رب النخل على الثلث
وقال العامل على النصف تحالفا وكان له اجرة مثله في قياس قوله كان اكثر مما اقر له
رب النخل او اقل فان كان اقام كل واحد منهما البينة على ما ادعاه سقط وكانا
وهذا كما قال اذا اختلف العامل ورب المال بعد ان اثمرت النخل في قدر ما
شرط العامل فقال رب المال الثلث وقال العامل النصف ولم يكن لواحد منهما
بينة تحالفا لانهما متعاقدان اختلفا في قدر العوض المستحق بالعقد فوجب ان
يتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا وقلنا انه يبدأ على القولين بيمين الحالف اولا ويبدأ
بعد ذلك فمتى حلفا … الثمرة لصاحبها وللعامل اجرة المثل وان حلف احدهما
ونكل الاخر ردت اليمين على الحالف وثبت دعواه وان اقام احدهما بينة حكم له
بها بما يدعيه وان اقام كل واحد منهما بينة تعارضتا وفي التعارض قولان
احدهما تسقطان فعلى هذا كان لم يكن بينة ويتحالفان على ما ذكرنا والثاني
يستعملان وفي كيفية الاستعمال ثلاثة اقاويل احدها يوقف الامر والثاني يقسم
والثالث يقرع بين البينتين فيقدم احداهما بالقرعة ولا يجي ها هنا الوقف لان
عقد التبايع لا يوقف العقد ولا يصح عقد موقوف ولا يجي القسمة ايضا
لان العوض والعقد لا ينقسم فلم يبق الا الاقراع فيقرع بينهما مسئلة
قال ولو دفعا نخلا الى رجل مساقاة فلما اثمرت اختلفوا فقال العامل شرطتما لي
النصف

النصف فصدقه احدهما وانكر الاخر كانت له مقاسمة المقر في نصفه على ما اقر به
ويحالف هو والمنكر وللعامل اجرة مثله في نصفه وهذا كما قال اذا ساقيا
رجلا في نخل بينهما نصفين فلما اثمرت اختلفا فقال العامل شرطتما لي النصف
فصدقه احدهما وكذبه الاخر فاما الذي صدقه فيقاسمه نصفه نصفين فيحصل
له ربع الثمرة وينظر فان كان عدلا وشهد له على صاحبه بما ادعاه حلف معه
وان لم يحلف وقال انا شرطت لك النصف ولا ادري ما شرطه صاحبي فان
تحالفا تحالفا ويكون حكمه مع الشريك الذي كذبه كالحكم في المسئلة قبلها اذا
اختلف المساقي والعامل وقد مضى ذلك مشروحا والله اعلم بالصواب
مسئلة قال ولو شرط من نصيب احدهما بعينه النصف ومن الاخر
بعينه الثلث جاز فان جهل ذلك لم يجز وفسخ فان عمل على ذلك فله اجر
مثله والثمر لربه في قياس قوله وقد تقدمت هذه المسئلة مشروحة ∴ ٥
فصل اختلف اصحابنا في العامل متى يملك حصته من الثمرة
على طريقين منهم من قال كالقراض على قولين احدهما يملكه بالظهور والثاني لا
يملكه الا بالمقاسمة ومن اصحابنا من قال يملكه بالظهور قولا واحدا والفرق بينهما
ان العامل في هذه المسئلة لم يجعل وقاية للاصل ولو ان النخل تعيب لم
تجبر بالثمرة وليس كذلك المضاربة فان الربح فيها جعل وقاية لراس المال فانه
ان ذهب منه شيء جبر بالربح اذا ثبت هذا وقلنا انه يملكه بالظهور فانه ينظر فان
كان حصة كل واحد منهما تبلغ خمسة اوسق وجب الزكاة على كل واحد منهما
في حصته وان كان لا يبلغ مجموعها خمسة اوسق لم تجب الزكاة فيه وان كان
مجموعها يبلغ خمسة اوسق فان قلنا ان للخلطة تاثيرا في ما عدا المواشي وجب
العشر وان قلنا على القول الاخر وانه لا تاثير للخلطة فيها فلا عشر فيها والله
اعلم بالصواب ∴ انتهى كتاب المساقاة ∴ ٥

كتاب الاجارات

الاصل في جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع والعبرة اما الكتاب
فقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن فدل الاجارة على الارضاع
ونبه على جواز سائر الاجارات لان اللبن يقل ويكثر ويتغير والمولود يكثر
ويقل فاذا جاز ذلك مع كثرة الغرر كان جوازه مع قلة الغرر اولى واحرى

صورة من ٦/ل/٥٠ من النسخة (أ)

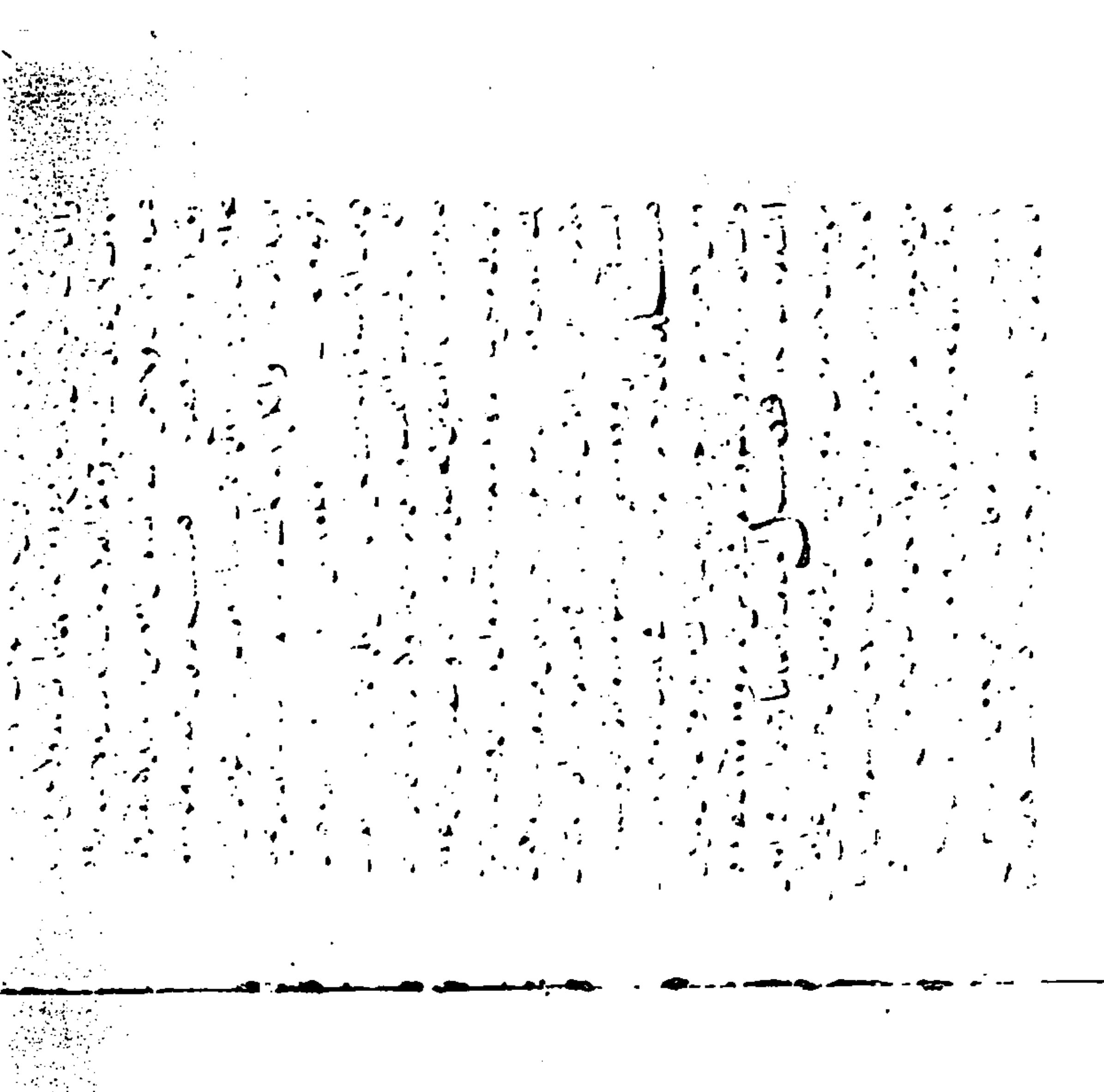
كتاب القراض كتاب المساقاة كتاب الإجارات باب كراء الإبل باب تضمين الأجراء
كتاب المزارعة كتاب إحياء الموات باب ما يكون من إحياء الأرضين باب تنزيع
القطائع وغيرها باب إقطاع المعادن وغيرها كتاب العطايا والصدقات والحبس كتاب
الهبات باب العمرى كتاب اللقطة كتاب اللقيط اختصار الفرائض باب
من لا يرث باب المواريث

تعليق الطبري ثامن



صورة من غلاف الجزء الثامن من النسخة (ب)

صورة من ٨/ل/١ من النسخة (ب)



صورة من ٨/ل/٤٢ من النسخة (ب)

قسم التحقيق

[بسم الله الرَّحمن الرَّحيم][1]

٥/ل/٢٢٨ب

كتاب الغصب [2]/

[1]البسملة ليست في المخطوطة.

[2]الغصب في اللغة: مصدر غَصَبَ يَغْصِب غَصْباً كضَرَبَ يَضْرِب ضَرْباً فهو غاصب، وجمعه غُصَّاب ككافر وكفّار، ومعناه أخذ الشيء ظلماً.

انظر: مادة (غصب) في الصحاح ١/١٩٤، واللسان ١/٦٨٤، والمصباح المنير ٤٤٨، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/٢/٦٠.

أمَّا الغصب عند الفقهاء، فقد اختلفت عباراتهم في تعريفه.

فعرفه الشَّافعيّة بعدة تعريفات، وخلاصتها كما في الروضة:

١) أنّه أخذ مال الغير على جهة التعدّي، وربما قيل: الاستيلاء على مال الغير.

٢) أنّه الاستيلاء على مال الغير بغير حقٍّ.

٣) أنّه كلُّ مضمون على ممسكه.

قال النووي ((كلُّ هذه العبارات ناقصة، فإنَّ الكلب وجلد الميتة وغيرهما مما ليس بمال لا يدخل فيها مع أنّه يغصب وكذلك الاختصاصات بالحقوق، فالاختيار: أنّه الاستيلاء على حقِّ الغير بغير حقٍّ)) (الروضة ٥/٣، ونحوه في تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢/٦١)

وانظر/ الودائع لمنصوص الشرائع ص٤٦٧ فتح العزيز ٥/٣٩٦

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوَّم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال.

وقال محمد بن الحسن: الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصباً. (بدائع الصنائع ٦/١٣١)

وعند المالكية: هو أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة. مختصر خليل مع الشرح الكبير ٥/١٥٧

وعرَّفه الحنابلة بنحو ما تقدَّم عن الشَّافعيّة، قال ابن مفلح في المبدع: ((وأحسنها: الاستيلاء على حقِّ غيره قهراً ظلماً)) (٥/١٥٠).

-واختار في الإنصاف قول بعضهم ((هو استيلاء غير حربيٍّ على حقِّ غيره قهراً بغير حقٍّ)) وقال: هو أصحُّ الحدود وأسلمها)) (٦/٩٠)

وهذا يشمل ما قاله النووي وزيادة فهو أعمّ حدود الغصب في نظري، والله أعلم.

الأصل [١] في تحريم الغصب الكتاب والسنَّة والإجماع [٢].

فأمّا الكتاب فقوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٣] والغصب أخذ المال من غير تجارة فلم يحلّ أكله .[٤]

وقوله تعالى : ﴿ فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ ﴾ [٥]

وإذا كان ردُّ الأمانة مأموراً به كان المغصوب أولى أن يكون مأموراً بردّه.

وقوله تعالى : ﴿ وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴾ .[٦]

فتوعد على التطفيف؛ [٧] فكان تنبيهاً على الغصب .

---

[١] الأصل يطلق على أربعة أشياء:

١)على الدليل غالبا كقولهم(أصل هذه المسألة الكتاب والسنَّة)أي دليلها،وهو المراد هنا.

٢)على الرُّجحان كقولهم(الأصل براءة الذمة).

٣)على القاعدة المستمرة كقولهم(أكل الميتة خلاف الأصل).

٤) على المقيس عليه.وهو ما يقابل الفرع في القياس.

انظر/نهاية السؤل ١/٧ شرح الكوكب المنير ١/ ٣٩-٤٠

[٢] الإجماع:هو اتفاق مجتهدي أمّة محمَّد ﷺ بعد وفاته في حادثه على أمر من الأمور في عصر من الأعصار.(البحر المحيط٤/٤٣٦)

وانظر/الإحكام للآمدي١ /١٩٦،كشف الأسرار ٣/٢٢٧.

[٣] سورة النساء آية رقم(٢٩).

[٤] أي من غير تجارة ولا نحوها مما تطيب به النفوس وقام الدليل على إباحته.

[٥] سورة البقرة آية رقم(٢٨٣)

[٦] سورة المطففين آية رقم(١،٢،٣)

[٧] التَّطفيف :البخس في الكيل والوزن ونقص المكيال ،وهو أن لا تملأه إلى أصباره.كما في اللسان ٩/٢٢٢،والتاج٦/١٨٣

وأمَّا **السنَّة** فما روى أنس بن مالك أنَّ النَّبي ﷺقال:(**لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه**)[1].

وروى جابر أنَّ النَّبي ﷺ قال في خطبته بعرفه(**ألا إنَّ دماءكم وأمولكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا**)[2].

وروي أنَّ النَّبي ﷺ قال (**لا يأخذ أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً ،من أخذ عصا أخيه فليردّها**)[3]فنهى عن أخذ المال ونبَّه بردّها على غيرها مما هو أعظم خطراً منها.

---

[1] أخرجه بهذا اللفظ الدار قطني في كتاب البيوع٣/٢٦.

وإسناد حديث أنس هذا ضعيف جداً قال ابن حجر في التلخيص في حديث أنس هذا((وفيه الحارث بن محمد الفهري،راويه عن يحيى بن سعيد الأنصاري وهو مجهول ،وله طريق أخرى عند الدارقطني عن حميد عن أنس ،وفي إسناده الزبرقان وهو متروك الحديث)) تلخيص الحبير ٣/٤٦.

ولكن للحديث شواهد صحيحه ؛فقد ورد عن جماعة من الصحابة منهم عمّ أبي حرَّة الرقاشي ،وأبو حميد الساعدي وعمرو بن يثرب ،و عبد الله بن عباس رضي الله عنهم.

انظر تخريجه بشواهده في إرواء الغليل٥/٢٧٩-٢٨٢

[2] أخرجه مسلم في كتاب الحج ،باب حجة النَّبي ﷺ ٨/١٣٨-١٥٨برقم (١٢١٨).

[3] أخرجه أبو داود من حديث السائب بن يزيد عن أبيه عن جده في كتاب الأدب،باب من يأخذ الشيء على المزاح ٤/٣٠١،برقم (٥٠٠٢)

والترمذي في كتاب الفتن ، باب لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً،وقال حسن غريب لانعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب ٤/٤٦٢.برقم(٢١٦٠)

والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٩٢.

و الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٢٤٣.

والطبراني في المعجم الكبير ٢٢/٢٤١

وحسنه الألباني رحمه الله في الإرواءو قال((رجاله كلهم ثقات رجال الشيخين غير عبد الله بن السائب هذا،وهو ثقة،وثقة النسائي وابن سعد وابن حبان،ولم يعرف عنه راو سوى ابن أبي ذئب))٥/٣٥٠ح١٥١٨. و انظر/ نصب لراية ٤/١٦٧.

وروى ابن مسعود أنَّ النَّبيﷺقال:(**من حلف على يمينٍ ليقتطع مال امرئ مسلم بغير حقِّه لقي الله وهو عليه غضبان**)[٤].

وأمَّا الإجماع فلا خلاف بين الأمَّة في أنَّ الغصب محرَّم[٥]،وإنَّما اختلفوا في مسائل نذكرها بعد إن شاء الله.

إذا ثبت هذا فإنَّ من غصب شيئاً فعليه ردُّه إن كان باقياً،وإن كان تالفاً فعليه الضَّمان[٦].

---

(١)سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل بن عبد العزى بن رباح بن عبد الله بن قرط بن رزاح بن عدي أبو الأعور القرشي العدوي ، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة ومن السابقين الأولين البدريين ،شهد المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وشهد حصار دمشق وفتحها ،وله أحاديث يسيرة فله حديثان في الصحيحين وانفرد البخاري له بحديث ،روى عنه ابن عمر ،وأبو الطفيل ،وعمرو بن حريث ،وزر بن حبيش ،وأبو عثمان النهدي ،توفي سعيد بن زيد سنة إحدى وخمسين وهو ابن بضع وسبعين سنة وقبره بالمدينة نزل في قبره سعد وابن عمر رضي الله عنهم جميعاً.

انظر/ معجم الصحابة ١/٢٦٠ ، سير أعلام النبلاء ١/١٢٥.

(٢)الشِّبْرُ: ما بين أعلى الإبهام وأعلى الخِنْصَر منفرجة، مذكر، والجمع أشبارٌ.لسان العرب ٤/٣٣٩١

(٣) أخرجه البخاري في كتاب المظالم ،باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض٥/١٢٤ برقم(٢٤٥٤).

وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ،باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها١٠/٤٠-٤١ برقم(١٦١٠)

-والمراد بقوله،(طوّقه الله من سبع أرضين)

قيل:أراد طُوِّق التكليف،وهو أن يطوَّق حملها يوم القيامة.

وقيل:أراد أنّه يخسف به الأرض ،فتصير البقعة المغصوبة في عنقه كالطَّوق ،وهو أصحُّ لقولهﷺ (من أخذ من الأرض شيئاً بغير حقِّه،خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين) شرح السُّنَّة للبغوي٨/٢٢٩.

والحديث هذا أخرجه البخاري في كتاب بدء الخلق ،باب ما جاء في سبع أرضين٦/٣٣٨ برقم(٣١٩٨).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات،باب سؤال الحاكم المدَّعي هل لك بينة قبل اليمين؟٥/٣٣٠برقم(٢٦٦٦).

ومسلم كتاب الإيمان،باب وعيد من اقتطع حقَّ مسلم بيمين فاجرة بالنار٢/٣٥برقم(٢٢٠).

(٥) انظر/ الأم٣/٢٨١،الإقناع لابن المنذر٢/٧٠٦،البيان ٧/٩ .

(٦) انظر/الحاوي٧/١٣٦،ومغني المحتاج٢/٢٧٦-٢٧٧.

والدليل على ذلك ما روي عن النَّبيﷺ أنّه قال (**على اليد ما أخذت حتى تردّه**)[1].

فإن كان المتلف من ذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان وغيرهما ونحوهما مما تتفاوت أجزاؤه ولا تتفاوت قيمته؛فإنّ الواجب مثلُ ما أتلف. [2]

فإن كان أتلف قفيز [3]حنطة لزمه قفيز حنطة،وكذلك ماعدا الحنطة.

---

[1] أخرجه أبو داود في كتاب البيوع ،باب تضمين العارية ٢٩٦/٣،برقم(٣٥٦١).

والترمذي في كتاب البيوع،باب العارية مؤدّاة ٥٦٦/٣،برقم(١٢٦٦)وقال (هذا حديث حسن صحيح).

وابن ماجة في كتاب الصداقات،باب العارية ٨٠٢/٢.برقم (٢٤٠٠)والدارمي في سننه في باب العارية مؤداة ٣٤٢/٢، برقم (٢٥٩٦)وابن الجارود في المنتقى ص٢٥٦،والحاكم في المستدرك وصححه ٥٥/٢،والبيهقي في السنن الكبرى ٩٠/٦،كلهم عن من حديث الحسن البصري عن سمرة ﷺ .

تنبيه : ولفظ الحديث : ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه)و أخرجه بعضهم بلفظ ((تؤدي)) و لم يخرجه أحد بلفظ (حتى ترده).والله أعلم .

والحديث مختلف في صحته لاختلافهم في سماع الحسن البصري من سمرة ﷺ في غير حديث العقيقة ،وأيضاً فقد زاد أكثرهم هنا ((:ثم نسي الحسن فقال :هو أمينك لاضمان عليه)) تلخيص الحبير ٥٣/٣.

وممن صححه الترمذي والحاكم كما تقدم ،وممن ضعفه الألباني في الإرواء ٣٤٩/٥.

وانظر/كشف الخفاء ٩٠/٢،الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢٠٠/٢،وضعيف سنن أبي داود ص٣٥٠،وضعيف سنن الترمذي ص١٤٩.

[2] انظر/المهذب ١٩٦/٢-١٩٧،الروضة ١٨/٥،وقد اختلف علماء الشّافعيّة في ضابط المثلي:فقال صاحب التلخيص :هو كلُّ مكيل أو موزون،(التلخيص٥٥)وقال في الحاوي :هوما اجتمع فيه شرطان :تماثل الأجزاء،وأمن التفاضل (الحاوي ١٧٩/٧) ،وقال الغزالي في الوجيز:هو كل ما تتماثل أجزاؤه في المنفعة والقيمة من حيث الذات لا من حيث المنفعة.(الوجيز١/٢٠٩) ،وقيل:هو ما ينقسم بين الشريكين من غير حاجة إلى تقويم .ورجح الرافعي: أنّ المثلي ما يحصره كيل أو وزن ويجوز السلم فيه،(فتح العزيز ٤١٩/٥)وافقه النووي(الروضة ١٨/٥)

[3]القفيز في اللغة:مفرد يجمع على أقفزه ،وهو مكيل معروف قال الأزهري هو ثمانية مكاكيك ,والمكّوك صاع ونصف ،والقفيز يعادل ٣٦ صاعاً من القمح فتقديره على المشهور ٣٥٠جراماً، ٧٨ كيلوا جرام ،وعلى ما عليه الفتوى بالمملكة ١٠٨ كيلوا جرام .

انظر/ تحرير ألفاظ التنبيه ١٧٦ والمصباح المنير ١٩٥،بحث في تحويل الموازين والمكاييل الشرعية إلى المقادير المعاصرة ص ١٨٢-١٨٣.

والدليل عليه **قوله تعالى**:

﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[1]فأمر بالمثل.

ولأنَّ إيجاب القيمة إنَّما هو من طريق الاجتهاد [2] والظنَّ [3] ، وإيجاب المثل إيجاب من طريق المشاهدة والقطع، [4] وإيصال الحق إلى المتلف عليه يتعيَّن، فكان أولى من إيجاب القيمة، كما أنَّ النَّص [5] مقدَّم على القياس؛ [6]لأنَّ القياس مظنون، والنَّص محَقق فكان مقدَّماً لهذا المعنى ،[7]هذا إذا أتلف في يده.

فأمَّا إذا أحدث منه نقصان مثل أن تسوَّس [8]،أو تغيَّر طعمه، وما أشبه ذلك وجب /عليه أرش [9] ما نقص ،ويقوّم ويلزم القدر الذي نقص من قيمته بذلك العيب؛ [1] لأنّه لا يمكن إيجاب المثل ؛لأنَّ النقصان من جنس الصّفة،والصّفة لا مثل لها.

د/٢٩/أ

---

[1] سورة البقرة آيه رقم (١٩٤).

[2] الاجتهاد اصطلاحاً:هو استفراغ الوسع في إدراك الأحكام الشرعية .

انظر/منهاج الأصول ٤/٤٢٥،المستصفى٤/٤.

[3] الظن اصطلاحاً:تجويز أمرين أحدهما أظهر من الآخر.

انظر/ شرح اللمع ١ /١٥٠ .

[4] القطع:ما يفيد العلم اليقيني.

انظر/الإبهاج٣/٢١٠.

[5] النص:مالا يتطرق إليه احتمال،والمراد هنا الدليل من الكتاب والسنة مطلقاً، لمقابلته بالقياس .

انظر/المستصفى٣/٢٧.

[6]القياس:حمل فرع على أصل في حكم جامع بينهما لعلة.

انظر /الإبهاج٣/٢ المحلي على جمع الجوامع٢/٢٠٢.

[7] انظر/المهذب٢/١٩٦،التهذيب٤/٢٩٣-٢٩٤.

[8] التسوس: ما يصيب الحب من الدود الذي يتلفه.

انظر/ لسان العرب ٦/٤٢٨.

[9] أرش/الجراحة ديتها ،والجمع أُروش مثل فلس وفلوس،وأصله الفساد يقال أرَّشت بين القوم تأريشاً إذا أفسدت بينهم.

فإذا ثبت هذا فكلٌّ ما له مثلٌ فإنَّ مثله يجب ،فإنَّ تعذّر وجب الرجوع إلى القيمة[2]على ما نبيِّنه بعد .

وأمّا إذا كان المغصوب مما لا مثل له ،كالحيوان ،والثياب ،وغيرهما مما يختلف أجزاؤه، فالواجب قيمته ،وهو قول الفقهاء كلّهم [3] إلا عبيد الله بن الحسن العنبري .[4]

فإنَّه قال :يجب المثل في جميع الأشياء [5]،فإن كان المغصوب عبداً فعبد مثله ،وان كان ثوباً فثوب مثله .

واحتجّ بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت :ما رأيت صانعاً مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى رسول الله ﷺفأخذني الأفْكَل فكسرت الإناء فقلت: يا رسولَ الله ما كفّارة ما صنعت ،فقال:(**إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام**). [6]

ثم استعمل في نقصان الأعيان؛لأنه فساد فيها،وهو المشروع في الحكومات.(المصباح المنير ص٥) وانظر/القاموس المحيط ص ٥٢٥ .

[1] انظر/الحاوي ١٣٨/٧،المهذب ١٩٧/٢.

[2] انظر/المهذب ١٩٦/٢-١٩٧،فتح العزيز٤٢٢/٥.

[3]وهو قول الحنفيَّة والمالكية والشَّافعيّة و المذهب عند الحنابلة.

انظر/بدائع الصنائع١٤٣/٦،حاشية الدسوقي١٦٦/٥، الحاوي١٣٦/٧، المغني ٣٦١/٧،الإنصاف ١٤/٦.

[4] هو عبيد الله بن الحسن بن الحصين العنبري القاضي من فقهاء التابعين بالبصرة،توفي سنة ١٦٨هـ.
انظر/طبقات الفقهاء للشيرازي ص٩١،تهذيب التهذيب٧/٧-٩.

[5]انظر/الحاوي١٣٦/٧،حلية العلماء٢١٠/٥،المغني٣٦١/٧.

و في رواية عن الإمام أحمد في الثوب والقصعة والعصا يضمنها بالمثل مراعياً القيمة ،واختارها شيخ الإسلام.

انظر/الإنصاف٤٣/٦،والاختيارات الفقهية ص١٦٥.

[6]أخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجارات باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله ٢٧٩/٣ برقم ٣٥٦٨ والنسائي في كتاب عشرة النساء باب الغيرة ٨١/٧ برقم ٣٩٦٥.

عن فليت عن جسرة بنت دجاجة عنها .قال الألباني رحمه الله((وهذا إسناد فيه ضعف لكن لابأس به في الشواهد والمتابعات، والصحيح أنَّ صاحبة الطعام هي أمُّ سلمة ،فقد روى أبو المتوكل أنَّها أتت بطعام في صحفة لها إلى رسول اللهﷺ وأصحابه فجاءت عائشة متَّزرة بكساء ،ومعها فهرة ففلقت به الصحفة

فأوجب المثل في الأواني فدَّل على أنَّه يجب مثلها .[1]

فقول عائشة:أخذني أَفْكَلُ[2] يعني الرِّعدة من شدَّة الغَـيْـرة.[3]

ودليلنا ما روى ابن عمر عن النَّبيﷺ قال :**(من أعتق شِركاً له من عبد قُوِّم عليه)**[4] فأمر بتقوِّيم حصَّة الشريك التي سرى العتق فيها،و لم يأمر بإيجاب مثل حصَّته من عبد آخر.

ولأنَّ هذه الأشياء تختلف أجزاؤها وتتفاوت ،فكان إيجاب القيمة أحصر وأقرب إلى إيفاء حقِّ المغصوب منه ،فكان إيجابها أولى من إيجاب مثلها.[5]

فأمَّا الجواب عن حديث عائشة فهو :أنَّ ذلك كان للتراضي؛لأنَّه يجوز أن يكون النَّبي ﷺعلم من حفصة أنَّها ترضى بمثل الإناء،ويجوز ذلك إذا كان بتراضٍ منهما.[6]

،فجمع النَّبيﷺ بين فلقتي الصحفة وقال :كلوا غارت أمُّكم،مرتين،ثمَّ أخذ رسول اللهﷺ صحفة عائشة فبعث بها إلى أمِّ سلمة ....)ثمَّ قال رحمه الله (أخرجه النسائي بإسناد صحيح) . إرواء الغليل٥/٣٦٠

وانظر تخريجه في سنن النسائي كتاب عشرة النساء باب الغيرة٧/٨٢،برقم٣٩٦٦

وأخرج البخاري عن أنس أنَّ النبيﷺ كان عند بعض نسائه ،فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام،فضربت بيدها فكسرت القصعة،فضمها وجعل فيها الطعام،وقال:(كلوا)وحبس الرسولﷺ القصعة حتى فرغوا،فرفع الصحيحة ،وحبس المكسورة.

كتاب المظالم باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره(٥/١٤٨ برقم٢٤٨١)

[1] انظر/ الحاوي٧/١٣٦،المغني ٧/٣٦١.

[2] الأَفْكَلُ/على وزن أَفْعَل،الرِّعدْة يقال: أخذ ه أفكلٌ إذا أرتعد من برد أو خوف. (الصحاح٥/١٧٩٢)

[3] انظر/النهاية في غريب الحديث٣/٤٦٦،مجمع بحار الأنوار في غرائب التتريل ولطائف الأخبار ١/٨٦.

[4] أخرجه البخاري في كتاب الشركة باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل ٥/١٥٦،برقم(٢٤٩١).

ومسلم في أول كتاب العتق عن أبي هريرة ﷺ ١٠ /١١٤ برقم(١٥٠١).

[5] انظر/ الحاوي٧/١٣٧،البيان ٧/١٢-١٣.

[6] انظر/بحر المذهب٩/١٤،والمغني٧/٣٦٢.

إذا ثبت أنَّه تجب قيمته،فإنَّه يغَّرم أكثر ما كان قيمةً من حين غصبه إلى أن تلـــف ، وتجب عليه تلك القيمة؛لأنَّه كان مأموراً في كلِّ حال بردِّه فهو في كلِّ وقت غـاصب له ما لم يردَّه ؛فلزمه الضَّمان تلك الحالة. [(١)]

وإن كان لم يتلف ولكن ذهب بعضه، أو تغيَّرت صفة من صفاته لزمه الأرش على ما نبيِّنه [(٢)] بعد إن شاء الله .

هذا كلُّه فيما عدا الأثمان ،وما هو من جنس الأثمان .

فأمَّا الأثمان وهي الدراهم المضروبة والدنانير المضروبة ،فإذا أتلف عليه شيء منـــها لزمه مثلها [(٣)]؛لأنَّ ذلك مما له مثل، [(٤)]كما ذكرنا في الحبوب وغيرها. [(٥)]

وإن لم تكن مضروبة لم يخلُ من أحد أمرين :

إمَّا أن تكون فيه صنعة، أو لا صنعة فيه.

فإن لم يكن مصنوعاً وإنَّما كان مثل السبائك [(٦)]والنِّقار [(٧)]وجب قيمتها [(٨)].

---

(١) انظر/البيان ١٣/٧،فتح العزيز٥/ ٤٣٠،المنهاج مع مغني المحتاج٢/٢٨٣-٢٨٤.

(٢) انظر/الأم٣/٢٨٢،الروضة٥/١٦.

(٣) وفي جعل الدراهم المضروبة والدنانير المضروبة من المثليات خلاف ؛بناء على الخلاف في صحة الســـلم فيها، والذي قطع به الأصحاب أنَّها مثليَّة.

انظر: فتح العزيز٥/٤٢١،الروضة٥/٢٠.

(٤) انظر/ البيان ١٤/٧.

(٥) كما تقدم ص٩٠.

(٦) السبائك :جمع سبيكة يقال :سبك الذهب والفضة ونــحوه من الذائب يسبُكه يسبِكه سَبْكاً سَـبَّكه ذَوَّبه وأفرغه فـــي قالَب ،والسَّبِـــيكَةُ القِطْعة الــمُذَوَّبة منه ،والـــجمع السَّبائِكُ.

انظر/لسان العرب١٠/٤٣٨.

(٧) و النُّقْرَةُ من الذهب والفضة: القِطْعَةُ الــمُذابَةُ، وقـــيل: هو ما سُبِكَ مــــــجتمعاً منـــها. و النُّقْــرَةُ: السَّبِـــيكَةُ، والـــجمع نِقارٌ. لسان العرب ٥/٢٢٩.

(٨) واختُلف في السبائك والنقار هل هي متقوَّمة أو مثليَّة؟ على وجهين:

فقال الشيخ أبو حامد هي من ذوات الأمثال .

وقال عامة الشَّافعيّة :ليست من ذوات الأمثال ؛لأنَّ أجزاءها تختلف .

-والأصح أنَّها مثليَّة.

د/ل/٢٩

فإن كان النقد الغالب من غير جنسها ،مثل أن تكون سلّة [١]ذهب ،والنقد الغالب/دراهم ،ضمنها بقيمتها بالغة ما بلغت .

وإن كان النقد من جنسها :فإن كانت قيمتها ووزنها واحداً ،مثل أن يكون وزنها مائة دينار ،وهي تساوي مائة دينار من ذلك النقد، وجب عليه مائة من ذلك النقد،وإن كانت تساوي أكثر من ذلك قوِّمت بجنس آخر حتى لا يؤدّي إلى الرِّبا[٢]فيجب قيمتها بالغة ما بلغت. [٣]

وإن كانت مصنوعة لم يخلُ من أحد أمرين :**إمَّا** أن تكون الصنعة مباحة أو محظورة.

فإن كانت مباحة، كالحُلِيِّ [٤]نظر في النقد الغالب.

فإن لم يكن من جنسه وجب قيمته بالغة ما بلغت. [٥]

وإن كان من جنسه فقد اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال :يقوَّم بجنس آخر حتى لا يؤدِّي إلى الرِّبا.

انظر/التهذيب٤/٢٩٥، البيان ٧/١٣-١٤.الروضة٥/١٩-٢٣.

[١] والسَّلّة:أن يخرز خرزتين في سلك واحد .

اللسان ٦/٣٤١.

[٢] الربا في اللغة:النمو والزيادة.وفي الاصطلاح :عقد عوض مخصوص ،غير معلوم التماثل في معيار حالة العقد.

انظر/اللسان٥/١٢٦ ،ومغني المحتاج٢/٢١ .

[٣].وعلى القول بأنَّها متقوَّمة ففي بدلها وجهان:

أحدهما:ما ذكره المصنف.

الثاني:أنَّها تُقوَّم بنقد البلد،سواء كان من جنسه أم من غير جنسه .

وهو الأصح قال الرافعي ((ولا يلزم الربا،فإنَّه إنَّما يجري في العقود لا في الغرامات))(فتح العزيز٥/٢٤٧)

وانظر/التهذيب٤/٢٩٥ ،والوسيط٣/٣٩٧، البيان ٧/١٤، والروضة٥/٢٣.

[٤] الحُلِيّ :بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع ومفردها :حَلْيٌ: بفتح الحاء وتسكين اللام وهو ماتَزَيِّن به من مصوغ المعدنيات أو الحجارة.

انظر/القاموس المحيط ص ١١٤٩ ،طلبة الطلبة ص١٣٠ .

[٥]انظر/بحر المذهب ٩/١٦ ،المهذب ٢/١٩٧،البيان ٧/١٣.

ومنهم من قال: يقوَّم بذلك الجنس ،فيجب قيمته بالغة ما بلغت [1]؛لأنَّ الزِّيـــادة في مقابلة الصنعة ،والصنعة لها قيمة؛ألا ترى أنَّه يُستأجر عليها؟ويجب ضمانها إذا تلفــت؟ فيكون قدر الوزن في مقابلة الوزن ،والزيادة في مقابلة الصنعة .[2]

فأمَّا إذا كانت الصنعة محرَّمة ،مثل الأواني فقد اختلف في جواز اتخاذها قولُ الشَّافعيّ

ففي أحد قوليه: [3]يجوز اتخاذها.

وفي القول الآخر :لا يجوز ؛لأنَّها محرَّمة الاستعمال ،وإذا كان الاســـتعمال محرَّمـــاً فاتخاذها سفه ،ويكون بمترلة اتخاذ الملاهي ،مثل العود، والطنبور[4] والمزمار .[5]

قال القاضي :[6]وهذا هو القول الصحيح .[7]

فإن قلنا: اتخاذها مباح فالحكم فيه كما ذكرنا في الحُليِّ.

وإن قلنا:إن اتخاذها محرَّم فهو كما [8]لم يكن صنعة ،ويكون في حكـــم الســـبائك والنِّقار [9] على ما مضى بيانه. [10]

---

[1]وهو الصحيح .

انظر/ المهذب ١٩٧/٢، البيان ١٣/٧،الروضة ٢٣/٥ .

[2]وذكر في الروضة وجهين آخرين:

أحدها:تضمن العين بوزنها من جنسها ،والصنعة بقيمتها من غير جنسها سواء كان ذلك بنقد البلد أم لا.

والثاني:تضمن العين بوزنها من جنسها،والصنعة بنقد البلد.(الروضة٢٣/٥)

[3]اختلف الشَّافعيّة في حكاية المذهب في حكم اتخاذ الأواني المحرَّمة الاستعمال:

فحكاه بعضهم قولين،وبعضهم حكاه وجهين:

انظر/المجموع١ /٣٠٨ والروضة١ /٢٠٧.

[4]الطنبور:فارسي معرب دخيل،والطنبور مايلعب به. اللسان٢٠٧/٨

[5]المزمار:بكسر الميم،واحد المزامير(تحرير التنبيه ص٢١٢،٣٢٦)وفي المصباح(المزمار بكســـر الميـــم آلـــة الزَّمْر)(٩٧)

[6]هو المصنف أبو الطيب الطبري.

[7]انظر /المجموع ١ /٣٠٨ والروضة ١ /٤٤.

[8]لعل(لو)هنا ساقطة لدلالة سياق الكلام على وجودها .

[9]انظر/ البيان ١٣/٧.

[10] تقدم في صفحة (٩٤)

فـصــل

قد مضى [1] الكلام فيما عدا الحيوان .

فأمَّا الحيوان فعلى ضربين:آدميّ وبهيمة.

فأمَّا البهيمة :فإنَّه يضمنها باليد [2] إذا غصبها،فإن تلفت لزمته قيمتها ،وإن نقصت لزمه أرش النقصان ،وإن جنى عليها لم يتقدّر أرش الجناية،ويكون فيها ما نقص من قيمتها ،سواء كانت البهيمة للقاضي أو [3]لغيره ،وسواء كان ينتفع بها من جهة واحدة ،أو من جهتين [4].

وقال مالك:إذا قطع رجل ذنب حمار القاضي،أو ذنب دابَّته ،أو بغلته،وجب عليه جميع القيمة [5]؛لأنَّه لا يمكنه ركوبها على تلك الحال فيصير، كأنَّه أتلفها عليه. [6]

ودليلنا:أنَّها جناية على بهيمة لم تتلفها ،فلم يجب بها جميع قيمتها [1] ؛الدليل عليه إذا قطع ذنب ثور القاضي ،أو بقرته،أو جمله أو حمار غيره،وأيضاً فإنَّ حاجة صاحب

---

(1) من ص ٩٠إلى٩٦.

(2) ضمان اليد :هو ما يكون ضمانه بالمثل أو بالقيمة ،ويفارق ضمان الإتلاف –وهو ضمان الجناية– ضمان اليد في أنَّ ضمان الإتلاف يتعلَّق الحكم فيه بالمباشرة دون السبب في الأظهر، وضمان اليد متعلّق بهما لوجوده في كل منهما .

انظر/ الروضة ٣/ ٥١٠،المنثور في القواعد ٢/ ٣٤٢،معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص٢٢٦.

(3) والصحيح العطف(بأم)بعد همزة التسوية .

قال الصبان((ولايجوز العطف بأو قياساً،فقول الفقهاء سواء كان كذا أو كذا خطأ)).

وعن السيرافي: أنَّ سواء إذا دخلت بعدها همزة التسوية لزم العطف بأم ،وإذا وقع بعدها فعلان بغير همزة جاز العطف بأو.(حاشية الصبان ٣/ ٩٩)وذهب ابن كيسان إلى أن أصلها((أو)) والميم بدل من الواو،(الجنى الداني٢٢٥)وانظر/مغني اللبيب ١ /٤١ .

(4) انظر /الحاوي٧/ ١٣٩-١٤٠،البيان ٧/ ١٧،حلية العلماء ٥/ ٢٢٤،فتح العزيز٥/ ٤١٣،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/ ٣٧.

(5) انظر/ المدونة ٤/ ١٧٦ ،عيون المجالس٢/ ٩٦٤،منح الجليل٧/ ١٤٤.

وهذه هي الرواية المشهورة عن الإمام مالك رحمه الله ،وروي عنه :أنَّ على الجاني قيمة ما نقص،ولا فرق في هذه الرواية بين الحيوان والعرض.

انظر/ المدونة ٤/ ١٧٦،عيون المجالس٢/ ٩٦٤،الكافي ٤٢٩..

(6) انظر/المراجع السابقة.

الشَّوْل [2] إلى ذنب حماره أعظم من حاجة القاضي إلى ذنب حماره ؛لأنَّ حمار الشَّوْل إذا وقع من نقل ما عليه احتاج صاحبه إلى إمساك ذنبه؛ليقيمه به،والقاضي لا يكاد حماره يقع فلا حاجة به إلى ذنب حماره،فإذا كان لا يجب بقطع ذنب حمار الشوالي جميع قيمته فذنب حمار القاضي أولى أن لا يجب بقطعه جميع القيمة .

230/أ/1/5

فأمَّا الجواب عمَّا ذكره مالك فهو: أنَّه يبطل به/ إذا رشش رجل على ثياب القاضي ماء الزعفران حتى تلمَّعت [3]،أو خرق قميصه ،أو ثقب[4] في ذؤابته [5] ثقباً أو قطع سبالها،فإنَّه لا يحسن بالقاضي أن يلبسها على تلك الحال ،ومع هذا فلا يجب جميع قيمتها ،وكذلك إذا قص بعض لحية القاضي فإنَّه يجب عليه [6] أرش جميع اللحية [7] كذلك .

وأمَّا قولهم :إنَّه لا يمكنه ركوبها فغير صحيح ؛لأنَّ قطع ذنب بغلته لا يمنعه من ركوبها ،كما لا يمنعه قطع أذنها، ولا قلع عينها فيبطل ما قالوه.

---

(1) انظر/ البيان 7/17.

(2) الشَّوْل:الشين والواو واللام أصل واحد يدل على الارتفاع من ذلك شال الميزان إذا ارتفعت إحدى كفتيه ،وشالت الناقة بذنبها أي رفعته ، ويسمى الخادم الخفيف في الخدمة ((شَوِلاً))؛لسرعة ارتفاعه فيما ينهض فيه،ولعل المراد ((بحمار الشول هنا) هو الحمار الذي يحمل عليه الماء ،لارتفاع حمله عليه ،أو لأنَّ بقية الماء تسمى شولاً .قال في اللسان ((الشول بقيَّة الماء في السقاء والدلو ،وقيل: هو الماء القليل يكون في أسفل القربة والمزادة))(11/376)وانظر/معجم مقاييس اللغة 3/230-231،الصحاح5/1742،تهذيب اللغة11/411،وتاج العروس7/400-40 .

(3) يقال لَمَعَ بالشيْ لَمْعاً ذهب به، ويكون التَّلميعُ في الحجر والثوب ،بتلونه ألواناً شتى، يقال حجر مُلمَّعٌ ،وثوب مُلمَّعُ.تاج العروس22/166-172.

(4) ثقب :يقال ثقبته ثقباً من باب قتل خرقته بالمثقب بكسر الميم ،والثقب خرق لاعمق له والجمع ثقوب مثل فلس وفلوس . المصباح المنير ص32.

(5) الذؤابة : بالضم ،طرف العمامة . المصباح المنير ص80.

(6) كذا في المخطوط ولعل ((لا)) هنا ساقطة بدلالة السياق فيكون تقدير الكلام (فإنه لا يجب ...)

(7) انظر/بحر المذهب 9/ل 18

فـــصـــل

وقال أبو حنيفة:كلُّ بهيمة ينتفع بها من جهتين فإنَّ أرش عينها يتقَّـــدر،فيجـــب في إحدى عينيها ربع قيمتها ،وفي عينيها قيمتها،وذلك مثل الدابَّة ، والنَّاقـــه، والبعـــير ،والبقرة، فإنَّ كلّ واحد من هولاء ينتفع به للركوب وللحمل [1].

واحتجَّ من نصره: بما رويَ عن عمر بن الخطاب((أنّه قضى في إحدى عيني الدَّابَّـــة بربع قيمتها))[2]، وحكم عمر مقدَّم علي القياس ،وكذلك حكم كلّ إمام من أئمَّـة الصحابة وعلمائهم .[3]

ودليلنا :أنَّها جناية علي البهيمة فوجب أن لا يتقدَّر أرشها ؛ الدليل عليه الجناية علي كلّ بهيمة ينتفع بها من جهة واحدة .[4]

وأيضاً فإنَّ كلَّ حيوان لا يتقدَّر بدل رجله ويده وجب أن لا يتقدَّر بـــدل عينـــه ؛ الدليل عليه ما ذكرنا. [5]

وأيضاً فإنَّه لو تقدَّر البدل لوجب أن يكون في إحدى العينين نصـــف القيمـــة ،وفي العينين جميع القيمة؛ ألا تري أنّ الآدمي لَمَّا تقدَّر بدل عينه كان في إحـــدى عينيـــه نصف الدِّية ، وفي عينيه جميع الدِّية ؟، وكذلك إذا كان عبداً فإنَّ في إحدى عينيه

---

[1] انظر/البناية في شرح الهداية ٢٥٦/١٠،ومختصر اختلاف العلماء٢١١/٥.

- - وأمَّا إن كان ينتفع بها من جهة واحدة فهو كقول الشَّافعيّة .
- انظر/المرجعين السابقين.

[2] أخرجه عبد الرزاق في مصنفه،كتاب العقول،باب عين الدابَّة٧٦/١٠

وابن أبي شيبه في مصنفه،كتاب الديات ،باب في عين الدابَّة٤٠٢/٥.

قال في المحلى (أمَّا الرواية عن عمر فثابتة)٤٢٩/١٠

[3] انظر/ الهداية وتكملة فتح القدير ٣٣٣/١٠،وفواتح الرحموت٢٣٩/٢.

[4] انظر/بحر المذهب ١٧/٩،البيان ١٧/٧ .

[5] انظر/ الحاوي١٤٠/٧،البيان ١٧/٧،وحلية العلماء٢٢١/٥.

نصف قيمته وفي عينيه جميعاً جميع قيمته [1]،فلما أجمعنا [2] علي أنَّ هـذا الحيـوان ليس في إحدى عينيه نصف قيمته ،وفي عينيه جميعاً جميع قيمته ،دلَّ على أنَّ بدل عينه ليس بمقدر. [3]

فإمَّا الجواب عن حديث عمر فهو، أنَّ ذلك كان أرش ما نقصت قيمة الدَّابَّة بقلـع عينها وبلغ ربع قيمتها .[4]

كما روى عنه ((أنّه قضى في العين بخمسين ديناراً)) [5] . ((وقضـى في الضلـع بجمل)) [6].

وكما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ((أنّه قضى في العين القائمة بثلـث الدية))[7] ،و لم يكن ذلك تقدير أرش ، وإنَّما هو حكومة [8] بلغت هذا المقـدار ، فكذلك هاهنا على إنَّ عمر رضي الله عنه،إنَّما قضى بذلك في عين الدابَّة .

فمن أين لهم أنَّ علَّة [9]ذلك ،هو الانتفاع بالحيوان من جهتين ؟ [10] والله أعلم.

---

[1] انظر/حاشية ابن عابدين٥/٣٩١

[2] المراد بالإجماع هنا الاتفاق مع المخالف في الحكم.

[3] انظر / الحاوي٧/١٤٠ وانظر المسألة في مختصر خلافيات البيهقي٣/٤٢٨-٤٢٩.

[4] أي أنّها واقعة عين وافق فيها الأرش ربع القيمة.

انظر/بحر المذهب ٩/١٧،والمغني ٧/٣٧٢.

[5] ذكره ابن قدامه في المغني ٧/٣٧٢.و لم أجده عند غيره

[6] أخرجه مالك في الموطأ٢/ ٨٦١،وعبد الرزاق في مصنفه كتاب العقول باب الضلع٩/٣٦٧.

والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الديات ،باب ما جاء في الترقوه والضلع٨/٩٩.

وابن حزم في المحلي١٠/٤٥٢ وقال:(هذا إسناد في غاية الصحة عن عمر بن الخطاب ...)١٠/٤٥٣

انظر/الاستذكار٢٥/١٤٢

[7] لم أجده عن أبي بكر رضي الله عنه وإنَّما هو عن عمر رضي الله عنه.

فأخرجه عن عمر عبد الرزاق في كتاب العقول باب العين القائمة٩/ ٣٣٤ - ٣٣٦

والبيهقي في كتاب الديات باب ماجاء في العين القائمة واليد الشلاء٨/٩٨

[8] الحكومة:تطلق على الواجب في أرش الجراحات،فيما لا مقدر فيه ،وهي جزء نسبته إلى ديـة النفـس انظر/مغني المحتاج٢/٧٧ أنيس الفقهاء ص٢٩٥.

[9] العلة/هي المؤثر في الحكم بجعله تعالى لا بالذات. (المستصفى ٣/١٢٠)

[10] انظر/الأم٦/٨٩،المغني٧/٣٧٢.

وقد ذكرنا الحكم في غير الآدميِّ. [1]

فأمَّا الآدميُّ فعلى ضربين :حرٌّ ،ومملوك .

فأمَّا الحرُّ :فلا يُضمن باليد صغيراً كان أو كبيراً ،وإذا جُنِي عليه تقدَّر أرش الجناية على حسب ما بيَّناه في كتاب الجنايات [2].

وأمَّا المملوك فإنَّه/ يُضمن باليد صغيراً كان أو كبيراً ، لأنَّه مال يجري مجرى سائِر الأموال لاضمان النفوس، فإنْ ذهب عضو من أعضائه ،أو تغيرت صفة من صفاته ،وجب أرش ما نقص ولا يتقدَّر ذلك [3]. ‏ [٥/ا/١٠]

ومن أصحابنا من قال:يتقدَّر البدل بذهاب ذلك بضمان اليد، كما يتقدَّر ضمان الجنايةِ .

وهذا غلط؛ لأنَّ ضمان اليد ضمان الأموال لاضمان النفوس ؛ألا ترى أنَّه إذا مات في يده لم يجب القصاص ولا الكفَّارة ولا تحمل العاقلة [4] قيمته فيكون كتلف البهيمة في يده؟ [5]

فإمَّا إذا جُنِيَ عليه فكلُّ جناية تقدَّر فيها أرشها من دية الحرِّ تقدَّر فيها أرشها من قيمته ، كجراح الحرِّ من ديته .

---

[1] تقدم ص ٩٩-١٠٠.

[2] انظر/ فتح العزيز٥/٤١٣،الروضة٥/١٢.

[3] انظر/ الحاوي ٧/١٤٠،حلية العلماء٥/٢٢٠ .

وهو الصحيح وعليه المذهب

انظر/ المهذب٢/١٩٩ ،والوسيط٣/٣٩١،الروضة٥/١٢

[4] العاقِلة في اللغة :جمع عاقل وهو دافع الدِّية ،وأصلها اسم فاعلة من العقل ،أي الجماعة العاقلة، والمصدر عقْل يقال عقلت البعير بالعقال أعْقِله عقلاً، والعقل في كلام العرب الدية سميت عقلاً،لأنَّ الديِّة كانت عند العرب إبلاً؛ لأنَّها كانت أموالهم ،فسميت الدية عقلاَ؛ لأنَّ القاتل كان يكلف أن يسوق إبل الدية إلى فناء ورثة المقتول فيعقلها بالعقل.

انظر/اللسان ١١/٤٦٠،والمصباح المنير ص١٦٠-١٦١، تهذيب الأسماء واللغات٢/٢/٣٣

والعاقلة شرعاً:عصبته من قبل أبيه ،وهم إخوته، وبنوهم ،وبنو بنيهم،ثم أعمامه ،وبنوهم ،وبنو بنيهم(الزاهر ص١٦٨).

[5] انظر/فتح العزيز ٥/٤١٢.

وكلُّ جناية على الحرِّ تجب فيها حكومة وجب فيها على العبد أرش ما نقص.[1]

وقال مالك :يجب في الجناية على العبد أرش ما نقص إلا في الموضِحَة، و المنقّلة والمأمومة ،والجائفة [2]، فإنهَّ يجب فيها أرش مقدَّر .[3]

وهذا غلط ؛لأنَّ كلَّ جناية لو كانت على الحرِّ يقدَّر فيها الأرش من ديته ،فإذا كانت على العبد وجب أن يتقدَّر فيها الأرش من قيمته؛ الدليل عليه الشجاج [4]الأربع التي ذكرناها ؛ ولأنَّ كل حيوان تقدَّر أرش شِجَاجه ، وجب أن يتقدَّر أرش أطرافه كالحرِّ.[5]

---

[1] وهو القول الجديد .

انظر/الأم٣/٢٨١ ،وفتح العزيز٥/٤١٢،والروضة٥/١٢.

والقديم:أن الواجب مانقص من قيمته كسائر الأموال ،وهو اختيار ابن سريج.

انظر/فتح العزيز/٥/٤١٢،الروضة ٥/١٢

[2] الموضحة: هي التي أوضحت العظم.

المنقّلة:هي التي تنقل العظم من موضع إلى موضع.

المأمومة:وتسمى أيضاً آمّة وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ.

والجائفة:هي التي تصل إلى باطن الجوف.

انظر/ اللسان٢/٦٣٥، ومغني المحتاج ٤/٢٦.

[3] المذهب عند المالكيّة :أنَّ الجناية إذا كانت يسيرة ،كقطع الأنملة ،وطرف الأذن أخذ عبده ومانقص ،وإن كانت الجناية كثيرة كقطع يد، أو رجل فصاحبه مخير إن شاء أخذ مابين قيمته صحيحاً ومعيباً،وإن شاء أسلمه،وأخذ قيمته إلا في الشجاج الأربع المذكورة أعلاه فإنَّه يجب فيها أرش مقدَّر.

انظر/المدونة٤/١٨٢،البيان والتحصيل١١/٢٤٨ ،وأوجز المسالك١٣/٧٢-٧٣.والمعونة٢/١٢١٣.وعقد الجواهر الثمينة٢/٤٧٢

[4] الشِجَاج:جمع ومفرده شَجَّة وهي مصدر يَشُجُّه ويَشِجُّه شَجّاً،فهو مشجوج وشجيج.

والشجة:الجرح الذي يكون في الوجه والرأس فلا يكون في غيرهما من الجسم.

انظر/ الصحاح ١ /٣٢٣،اللسان٢/٣٠٣.

[5] انظر/ الحاوي٧/١٤١،بحر المذهب٩/١٧.

فـــصـــل

قد ذكرنا فيما مضى أنَّه إذا قطع يد عبدٍ ،وجبت عليه نصف قيمته. [1]

فإذا غصبه فذهبت يده بأكَلَه. [2]

فإن قلنا :إنَّ ضمان اليد كضمان الجناية وجب عليه نصف القيمة. [3]

وإن قلنا :إنَّه كضمان الأموال ؛فأرش مانقص. [4]

وأمَّا إذا غصبه فقطع يده .

فإنْ قلنا: إنَّ ضمان اليد ضمان الجناية، وجب نصف القيمة؟ [5]

وإن قلنا :ضمانه ضمان الأموال ،وجب أكثر الأمرين من نصف القيمـــــة ،أو أرش مانقص ،فأيُّهما كان أكثر لزمه ؛لأنَّ السببين جميعاً قد و جدا. [6]

---

(1) تقدم في (ص١٠١-١٠٢).

(2) الأَكَلَةْ: مقصور: داء يقع فـــي العضو فــيَأْتَكِل منه.

لسان العرب ١١/٢٢.

(3) ذكره ابن أبي هريرة عن بعض الشَّافعيّة .

وقال الخرسانيون فيه قولان:

أحدهما:يلزمه مانقص .

والثاني:يلزمه الأكثر من المقدر الذي يجب بالجناية ومما نقص،(بحر المذهب ٩/١٨).

-وحكاهما النووي وجهين(الروضة ٥/١٢).

(4) وهو الصحيح في المذهب.

انظر/فتح العزيز٥/٤١٢-٤١٣،الروضة٥/١٢،نهاية المحتاج٥/١٥٨.

(5) إن كان نصف قيمته مثل أرش النقصان أو أكثر.

انظر/ التهذيب للبغوي٤٥٥ .

(6) انظر/الوسيط في المذهب٣/٣٩١،الروضة٥/١٣.

فصل

إذا قطع يدي عبد لزمه جميع قيمته ،وكان لصاحب العبد إمساك عبده ،ومطالبة الجاني بجميع قيمته. [1]

وقال أبو حنيفة :إمَّا أن يمسك العبد ولاشيء له ،أو يسلمه ويطالب بجميع القيمة.[2]

واحتجَّ من نصره :بأنَّا إذا جعلنا له إمساك العبد، و المطالبة بجميع قيمته جمعنا له بين البدل و المبدل، وذلك لا يجوز كما لا يجوز أن نجمع بين الثمن والمثمن، وكما يقول إذا وطئ الأب جارية ابنه صارت أمَّ ولده [3] ويزال ملكه عنها ،وكان له قيمتها، ولا يجمع بين البدل والمبدل [4]، وكذلك إذا غصب منه زيتاً فخلطه بزيت له أجود منه /لزمته قيمته وزال ملك المغصوب منه عن زيته [5] ،فلا يجمع له بين البدل والمبدل كذلك هاهنا. [6]

٥/أ.١/٢٣١أ

---

[1] انظر/ البيان ٧/١٦،حلية العلماء٥ /٢٢١،الاصطلام٤/٦٩،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٣٧.

[2] انظر/ المبسوط١١/٨٦ تحفة الفقهاء٣/٣٩٦بدائع الصنائع٦/١٤٠-١٤١،رؤس المسائل٣٤٦.
-ومذهب الحنفية أنَّه إذا أدَّى قيمته يصير العبد مملوكاً للغاصب.
انظر/المراجع السابقة.

[3] أم الولد:هي التي أحبلها سيدها فولدت حياً أو ميتاً أو ما فيه غرة .
انظر/ نهاية المحتاج٨/٤٢٨ .

[4] انظر/ الهداية٢/٣٥٢

[5] كما سيأتي ص١٨٥.

[6] انظر/حاشية ابن عابدين٥/١٢٢ .

ودليلنا: أنَّه جنى على ملك غيره جناية مضمونة ،فكان له مطالبته بالأرش مع إمساكه ملكه ،أصله إذا قطع إحدى يديه؛ولأنَّها جناية لها أرش فلم يجب تسليم المجنيّ عليه في مقابلة الأرش ؛الدليل عليه إذا قطع إحدى يديه ،وإذا قطع يدي حرٍّ ،وإذا قطع يدي مدَّبرٍ، [1]وأمّ ولدٍ ،وإذا قطع جماعة يدي عبدٍ. [2]

وأيضاً قال الشّافعيّ: ولأنّه إذا لم يلزم تسليم العبد المجني عليه في أحسن حالتي الجاني ،وهو إذا قطع إحدى يديه كان أولى أن لا يلزمه ذلك في أسوأ حالتيه، وهو إذا قطع يديه ؛لأنَّ الإتلاف في هذه الحال أكثر والألم أبلغ. [3]

وأيضاً فإنَّ ما قاله أبو حنيفة يؤدِّي إلى الإضرار والفساد عل المسلمين في أموالهم؛ لأنَّ الرجل إذا هوى جارية رجل ،و لم يزوجها منه ،و لم يملّكه إيَّاها توصل إلي قطع أذنيها فلا يكون لصاحبها إلا أحد أمرين :-

إمَّا أن يمسكها بلا أرش ،أو يطالب بالأرش فيحتاج إلى أن يسلِّم الجارية إلى الجاني عليها ،و إذا كان مذهبه يؤدِّي إلى هذا الفساد كان فاسداً .

فأمَّا الجواب عن قياسهم على الثمن والمثمن، فهو أنَّالا نسلَّم أنَّه يجمع بين البدل والمبدل ؛لأنَّ الذي يأخذه إنَّما هو بدل اليدين ،وليس هو بدل النفس ،واليدان قد تلفتا فذهب المبدل بجنايته ولزمه البدل [4] .

---

[1] المدبر:مأخوذ من الدُّبر،لأنَّ السيد أعتقه بعد موته ،والموت دُبُر الحياة،ولا يقال التدبير في غير الرقيق انظر/تحرير ألفاظ التنبيه(٢٤٤).

[2] انظر/الحاوي٧/١٤٣ ،والاصطلام٤/٦٩، البيان ٧/١٦،فتح العزيز ٥/٤٣٩.

-حيث يضمن الغاصب في هذه المسائل القيمة ،ولا يملك المجني عليه عند الحنفية.

وانظر/ المبسوط ٢٤/٧٠،٢٧/٢٩ ،والاصطلام٤/٨١.

[3]ونص الشّافعيّ في الأم:(وكيف إن كانت الجناية توجب لي شيئاً،واخترت حبس عبد سقط الواجب لي؟وكيف إن كانت الجناية تخالف حكم ما سوى ما وجب لي ،ولي حبس عبدي ،وأخذ أرشه ومتاعي ،وأخذ ما نقصه وإذا كان ذلك غير مفسد له ،فان جنى عليه ما يكون مفسد له فزاد الجاني معصية لله،وزيد عليَّ في مالي ما يكون مفسد له سقط حقي حين عظم ،وثبت حين صغر، وملك حين عصى وكبرت معصيته،ولا يملك حين عصى ،فصغرت معصيته) (الأم٣/٢٨١).

[4] انظر/الحاوي٧/١٤٢.

فإن قيل: بل هو بدل النفس بدليل أنَّ النفس تقوَّم .

فالجواب :أنَّ النفس إنَّما تقوَّم لإيجاب أرش اليد؛ لأنَّ الشرع أوجب فيهما مقدار أرش النفس، كما إذا قطع يدي حرٍّ أخذ منه دية النفس بدلاً من اليدين، وكذلك إذا أتلف عليه ثوباً فاتفقا على ثوب بعينه أنَّه مثل الثوب المتلف، فإنَّه يقوَّم ، ويلزمه مقدار تلك القيمة ،ولايقول أحد إنَّه بدل ذلك الثوب الذي هو مثل الثوب المتلف، فكذلك هاهنا.

على أنَّ هذا يبطل بالمسائل التي ذكرناها ،وهو إذا قطع يديه جماعة ،وإذا قطع يدي مدبَّر ،أو أمِّ ولد ،أو يدي حرٍّ،أو إحدى يديٍّ عبد.

وأمَّا الأصول التي ذكروها فلا يصحُّ القياس عليها.

وأمَّا الثمن والمثمن فإنَّما لم يجز اجتماعهما لأحد المتعاقدين؛ لأنَّه لايجوز أن نجمع له بين بعض الثمن وبدله،وفي مسألتنا جمعنا له بين إمساك العبد ،وأخذ نصف قيمته فكذلك نجمع له بين إمساكه وأخذ جميع قيمته. [1]

وأمَّا الجارية يطأها أبو سيِّدها ففيها قولان:-

أحدهما: لا تصير أمَّ ولد له. [2]

والثاني:أنَّها تصير أمَّ ولد له . [3]

فعلى هذا نقول لزمه قيمتها ؛لأنَّ القيمة بدل نفسها، فلم نجمع له بين البدل والمبدل ،وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّ الذي يلزمه بدل اليدين لا بدل النفس على ما بيَّنَّاه.

---

[1] انظر/الاصطلام٤/٨٤-٨٥..

[2] وهو مذهب المزني:أنَّه لا يثبت الاستيلاد.

انظر/مختصر المزني١٦٧ ،والوسيط٥/١٨٧-١٨٨،والروضة٧/٢٠٨

[3] و هو المنصوص وعليه المذهب –وهو مذهب أبي حنيفة-أنها تصير مستولدة،وهو الظاهر .

انظر/الهداية ٢/٣٥٢،مختصر المزني ٣٣٢،التنبيه ٩٩، الوسيط ٥/١٨٧-١٨٨،الروضة٧/٢٠٦ ونهاية المحتاج٨/٤٣١.

وهناك قول ثالث في الفرق بين المعسر والموسر كما في سراية العتق ،وضعف الأصحاب هذا القول،الروضة ٧/٢٠٨.

وانظر/الوسيط ٥/١٨٧ -١٨٨.

/٥/ل/

وأمّا مسألة الزيت ففيها قولان [1] /أيضاً:

أحدهما:أنّهما مشتركان في الجملة ،فيباع ،ويقسم الثمن على قدر القيمتين فيهما.

والثاني:يصير في حكم المستهلك فيجب عليه بدله ،فعلى هذا يأخذه بدل الزيت. فلم نجمع له بين البدل والمبدل،ألا ترى أنّه لايجوز أن نجمع له بين جملة أحدهما وبعض الآخر ؟وفي مسألتنا نجمع له بين جملة أحدهما،وبعض الآخر،فكذلك جاز الجمع بين الجملتين ،وإن شئت قلبت العلة ،فقلت ،فوجب أن تستوي فيه الجملة البعض أصله ما ذكروا.

---

[1] اختلف الشّافعيّة في نقل المذهب :

فقيل أنّه في حكم المستهلك قولاً واحداً(وهو المذهب)

وقيل فيه قولان:

أحدهما:أنّها مشتركان في الجملة.

الثاني:أنّه في حكم المستهلك.

وقيل :إن خلط بالمثل ،اشتركا ،وإلا فكالهالك.

انظر/الأم٣/٢٩٠،المهذب ٢/٢٠٢-٢٠٣،الروضة٥/٥٢.

[١]مســــألـــة [1]

قالَ[2]:وَإِذَا [3]شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ ثوبـــاً[شَـــقّاً][4] صَغِـيرَاً أَوْ كَبِـيراً فَـأَخَذَ [5]مَا[بَيْنَ][6] طَرَفَيْهِ طُولاً وَعَرْضَاً. الفصل إلى آخره [7]).

وهذا كما قال.

إذا جنى على ثوب رجل فخرقه لزمه أرش مانقص بالخرق، سواء كان الخرق يســيراً ،أو كبيراً وليس له إلا ذلك. [8]

وقال أبو حنيفة:إن كان الخرق يسيراً فله أرشه .

---

[1] هذه أول مسألة في كتاب الغصب من مختصر المزني،إلا أنَّ كلمة(مسألة)هنا وفيما سيأتي هي من صنيع الشارح في تعليقه، لا من صنيع المزني رحمهما الله تعالى،والله أعلم.

[2] في المختصر المطبوع(قال الشّافعيّ رحمه الله).

[3] في المختصر المطبوع(فإذا شق).

[4] [شقاً]زيادة من مختصر المزني المطبوع.

[5] في المختصر المطبوع(يأخذ) .

[6](بين) زيادة من مختصر المزني المطبوع.

[7] مختصر المزني ص ١٢٨ وتمام المسألة فيه (فإذا شق رجل لرجل ثوبًا شقاً صغيرًا أو كبيرًا يأخذ ما بـــين طرفيه طولاً وعرضاً ،أو كسر له شيئاً كسرًا صغيرًا أو كبيرًا ،أو رضّضه، أو جنى له على مملوك، فأعماه أو شجه موضحة فذلك كله سواء، ويقوَّم المتاع كله والحيوان غير الرقيق صحيحًا ومكسورًا ،أو صحيحًـــا ومجروحًا قد برئ من جرحه، ثم يعطى مالك ذلك ما بين القيمتين ،ويكون ما بقي بعد الجناية لصاحبــــه ،نفعه أو لم ينفعه، فأمَّا ما جنى عليه من العبد فيقوَّم صحيحاً قبل الجناية، ثم ينظر إلى الجناية فيعطي أرشـها من قيمة العبد صحيحًا، كما يعطي الحر من أرش الجناية من ديته بالغاً ذلك ما بلغ، ولو كانت قيماً ،كمـا يأخذ الحر ديات ،قال الشّافعيّ: وكيف غلط من زعم أنّه إن جنى على عبدي ،فلم يفسده أخذته وقيمة ما نقصه؟ وإن زاد الجاني معصية الله تعالى فأفسده سقط حقّي إلا أن أسلمه يملكه الجاني، فيســــقط حقــي بالفساد حين عظم، ويثبت حين صغر ،ويملك علي حين عصى، فأفسد فلم يملك بعضاً ببعض ما أفســـد؟ وهذا القولُ خلاف لأصل حكم الله تعالى بين المسلمين في أنَّ المالكين على ملكهم لا يملـــك عليـــهم إلا برضاهم وخلاف المعقول والقياس).

[8] انظر/الأم ٣/ ٢٨٠ ،والإشراف على مذاهب العلماء ٢/ ٥٢٠-٥٢١،والتهذيب٤/٣٠٢،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٣٦.

وإن كان كبيراً فهو بالخيار بين أن يمسكه ويأخذ أرش ما نقص،وبين أن يسلّمه إلى الجاني ،ويطالبه بجميع قيمته[1] .

واحتجَّ من نصره :بأن قال :هذه جناية أذهبت عظم منفعته، فكان له المطالبة بجميع قيمته، فلم يكن له المطالبة بجميع قيمته [2] ؛ الدليل عليه إذا كان الخرق يسيراً. [3]

فأمَّا الجواب عمَّا ذكروه فهو أن نقول: هذا موضوعه فاسد؛لأنَّه إذا تلفت معظم المنفعة وجب أن لا يلزمه إلا معظم القيمة .

فأمَّا جميع القيمة فتجب بدل ما لم يتلفه لإتلاف شيء آخر فلا ،وهذا مخالف للأصول. [4]

فإن قيل: فقد قلتم إذا أعتق شقصاً له في عبد له لزمه قيمة الباقي ؛فأوجبتم قيمة شيء لم يتلفه لإتلاف شيء آخر.

فالجواب: أنَّ ذلك قيمة ما أتلفه؛لأنَّ عتقه ذلك الشِّقْص يسري إلى جميع العبد ،وعلى القول الآخر يعتق ماعدا القيمة.

فعلى هذا يقوَّم عليه ؛لأنَّه صيَّره في حكم التالف.

فعلى القولين ليس هاهنا إيجاب بدل شيء لإتلاف شيء آخر.[5]

---

[1] انظر/بدائع الصنائع٦/١٥٦،واللباب في الجمع بين السنة والكتاب٢/٥٦٧،والبناية في شرح الهدايه١٠/٢٥٧.

[2] كذا في المخطوط ولعل في الكلام سقطاً.

[3] انظر/المبسوط١١/٨٦،الاختيار لتعليل المختار٣/٦٢.تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥/٢٢٩.

-واختلف الحنفية في ضابط الخرق اليسير والكبير.

والذي صححه صاحب الهداية أنَّ الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة.

واليسير مالا يفوت به شيء من المنفعة،وإنَّما يدخل فيه النقصان.(الهداية مع البناية١٠/٢٥٨)

[4] انظر /الحاوي٧/١٣٩.

[5] وهناك قول ثالث:وهو الوقف فإن دفع العوض حكمنا بأنَّه عتق في الحال،وإن لم يدفع حكمنا بأنَّه لم يعتق.انظر/المهذب٤/١١-١٢،الروضة١٢/١٢١.

ثم المعنى في الأصل أنّه أتلف جميع الشاة؛لأنَّها صارت ميته،وزال ملكه عنها ،فلزمـــه جميع القيمة لأجل ذلك،وفي مسألتنا ما أتلف الجميع، وإنَّما أتلف البعض، فينبغـي أن لا يلزمه إلا بعض القيمة.

فإن قيل: فينتفع بشعرها؟.

قيل: شعرها نجس عندنا،ولا يمكن تطهيره بحال فبطل مـــا قـــالوه. [1] والله أعلـــم بالصَّواب.

---

[1] انظر/ المجموع ١/ ٢٧٠-٢٧١.ومغني المحتاج ١ /٧٨.

[٢]مســـــألــة

قَالَ الشَّافعيّ: (وَلَو غَصَبَ جَارِيَةً تُسَاوِي مَائَةً فَزَادَتْ فِي يَدِيهِ[١]بتَعْلِيمٍ مِنْـــهُ، أَوْ لِسمَنٍ وَ أَغْتِذَاءٍ [٢] مِنْ مَالِهِ حَتَّى[صَارَتْ] [٣] تُسَاوِي أَلْفَاً، ثُمَّ نَقَصَـــتْ حَتَّـــى صَارَتْ تُسَاوِي مَائَةً، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَتِسْعُمَائَةٍ). [٤]

وهذا كما قال.

إذا غصب جارية تساوي مائة درهم، فسمنت في يده حتى صارت تساوي ألفـــاً ،ثم ذهب سمنها فعادت قيمتها مائة درهم، ثمّ ردّها إلى المغصوب منه،وجب عليه ضمـــان قيمة الزيادة بالسِّمن، وهو تسع مائة[٥] ،وكذلك إذا علمها الغاصب/ صنعـــة زادت بها قيمتها، ثم نسيتها فعادت قيمتها ناقصة .[٦]

/١/٥

---

[١] في المختصر المطبوع ((يده)) (١٢٨) .

[٢] في المطبوع((واعتناء))وهو إلى التصحيف أقرب.

[٣] زيادة من المختصر المطبوع (١٢٨) .

[٤] مختصر المزني ص ١٢٨،وتمام المسألة فيه (معها ،كما تكون له لو غصبه إيَّاها وهي تساوي ألفاً فنقصت تسعمائة ،وكذلك هذا في البيع الفاسد، والحكم في ولدها الذين ولدوا في الغصب، كالحكم في بدنها، ولـــو باعها الغاصب، فأولدها المشتري ثم استحقها المغصوب أخذ من المشتري مهرها، وقيمتها إن كانت ميتـــة، وأخذها إن كانت حية وأخذ منه قيمة أولادها يوم سقطوا أحياءً، ولا يرجع عليه بقيمة من سقط ميتـــاً، ويرجع المشتري على الغاصب بجميع ما ضمنه من قيمة الولد ؛لأنّه غرهٌ، ولا أَرُدُّهُ بالمهر ؛لأنَّـــه كالشـــيء يتلفه، فلا يرجع بغرمه على غيره، وإذا كان الغاصب هو الذي أولدها أخذها ،وما نقصها ،ومهر مثلـــها ،وجَميع ولدها وقيمة من كان منهم ميتاً ،وعليه الحد إن لم يأت بشبهة، فإن كان ثوباً ،فأبلاه المشتري أخذه من المشتري ،وما بين قيمته صحيحًا يوم غصبه وبين قيمته وقد أبلاه، ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن الذي دفع، ولست أنظر في القيمة إلى تغير الأسواق، وإنَّما أنظر إلى تغير الأبدان).

[٥] انظر/الأم ٢٨٢/٣،والإشراف على مذاهب أهل العلم ٥٠١/٢ ،وحلية العلماء٢٢٥/٥.

[٦] انظر/الحاوي ١٤٦/٧،ومغني المحتاج٢٩٠/٢.

وقال أبو حنيفة:لا يلزمه ذلك ،بل يردّها من غير أن يردّ معها أرش نقصان الزيادة.[1]

واحتجَّ من نصره :بأنّه ردَّ الجارية كما أخذها ،فلم يلزمه ضمان ؛الدليل عليه إذا ردّها و لم تكن زادت في يده.[2]

قالوا:ولأنَّ هذه الزيادة حصلت في يده بغير فعله ،وتلفت بغير فعله ،قبل مطالبة من له الحق فلم يلزمه ضمانها ،أصله إذا هبَّت الرِّيح بثوب إلى داره ،وتلف ذلك الثوب في داره ،فإنَّه لا يضمنه فكذلك هذا.[3]

قالوا:ولأنَّ هذه الزيادة لم يقع عليها القبض ،فلم يضمنها كزيادة السوق؛ فإنَّه لو غصب جارية تساوي مائة ثم قلَّ الجلب[4]،فعزَّت[5] الجواري وصارت الجارية تساوي ألفاً ،و لم يردّها حتى كثر الجلب فعادت قيمتها مائة ،فإنَّه يردّها ولاشي عليه .[6]

ودليلنا :أنّها زيادة عين نهي عن إمساكها ،فوجب أن تكون مضمونة على من يلزمه الضّمان ؛الدليل عليه إذا طالبه بردّها فلم يردَّ حتى نقصت[7]،فإنَّ أبا حنيفة وافقنا أنّه يردّها وما نقص من قيمتها ؛لنقصان الزيادة ،وأصله أيضاً الزيادة الموجودة.[8]

وقولنا: (زيادة عين)احتراز من زيادة السوق.[9]

---

(1) انظر/المبسوط١١/٥٣،تحفة الفقهاء٣/٩٣،بدائع الصنائع٦/١٣٣.

(2) انظر/المبسوط١١/٥٤-٥٥،والاختيار٣/٦٤.

(3) انظر/المرجعين السابقين.

(4) الجلب:مصدر جَلَبَه يَجْلِبُهُ ويَجْلُبُهُ جَلْباً وجَلَباً واجتلبه،ساقه من موضع إلى آخر،فجلب هو وانجلب (القاموس المحيط ص٦٥).

(5) عَزَّ الشيءُ يَعِزُّ عِزّاً و عَزازَةً وهو عَزِيز: قَلَّ حتى ما كاد يوجد، وهذا جامع لكل شيء. لسان العرب ٥/٣٧٦.

(6) انظر/طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ص٢٥٦.

(7) انظر/ الإشراف على مذاهب أهل االعلم٢/٥٠٢ والحاوي٧/١٤٦.

(8) انظر/بدائع الصنائع٦/١٥٩.

(9) إذ أنَّ زيادة سعر العين ونقصانها لأجل حال السوق غير مضمونه على الغاصب.

وقولنا: (نهي عن إمساكها) احتراز من زيادة عين الوديعة. [1]

وقولنا :(على من يلزمه الضَّمان) احتراز من العبد إذا غصب من سيِّده عيناً فـزادت في يده،ثم نقصت فإنَّه يردُّها ولاشيء للسيِّد عليه ؛لأنَّ العبد لا يلزمه ضمان مال مـن أموال سيَّده . [2]

وأيضاً فإنَّها زيادة عين مضمونة يضمنها بالإتلاف ،فوجب أن يضمنها بـالتلف في يده ؛[3]أصله ما ذكرنا .

وفيه احتراز من زيادة السوق ،ومن الزيادة في عين الوديعة،واحتراز مـن الأمـة إذا كانت حاملاً بحرٍّ؛لأنَّ الحرَّ لا تثبت عليه اليد، فإذا تلف بغير إتلافه لم يضمنه [4].

ولأنَّها زيادة يضمنها المبتاع من الغاصب ،فجاز أن يضمنها الغاصب؛ أصله الزيـادة الموجودة [5].

فإن قيل :المعنى في الأصل أنَّه قبضها فحصلت في يده بقبضه،وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّها حصلت في يده من غير قبض ؛فلهذا لم يلزمه ضمانها.

فالجواب :أنَّه لا فرق بين المسألتين ؛ لأنَّه قابض لها بعد حدوثها،ومسـتديم لذلـك القبض ،واستدامة القبض بمترلة الابتداء،ثمَّ هذا باطل عليهم به إذا طالبه بالردِّ ،فلـم يردَّ ،فإنَّه يضمنها ،وإن كان لم يقبضها [6].

انظر/ الوسيط ٣/٤٠١،فتح العزيز٥/٤٣٦

(١). الوديعة شرعاً:توكيل في حفظ مملوك ،أو محترم عل وجه مخصوص.

انظر/مغني المحتاج ٣/٧٦.

حيث أنَّ الوديعة مأمورٌ بإمساكها فإذا زادت لم يضمن الزيادة إذا لم يفرط؛لأنَّ يده يد أمانة علـى عـين الوديعة فكذلك على زيادتها.

انظر/الأم٤/١٧٣،ومختصر المزني ص١٥٩ .

(٢)انظر/ نهاية المحتاج٥/١٥٠.

(٣) انظر/الحاوي٧/١٤٦.

(٤) قال الرافعي((وهو المشهور))فتح العزيز٥/٤٧٣ ،وقال النووي((وهو الصحيح))الروضة٥/٦٢.

(٥) انظر/الحاوي٧/١٤٦،بحر المذهب٩/١٩.

(٦) انظر/الحاوي٧/١٤٧-١٤٩،والاصطلام٤/٩٠.

ومثال آخر: وهو أنَّها زيادة لو كانت موجودة ضمنها، فإذا حدثت جاز أن يضمنها ؛أصله زيادة الصيد الذي صاده المحرم [1].

٥/ل/٢٣٢

فإن قيل :المعنى في الصيد أنَّ صاحبه /هو الله سبحانه مطالب لـــه في كـــلّ وقـــت بإرساله،فإذا لم يفعل ضمنه ،وليس كذلك في مسألتنا ؛فإنَّ المغصوب منه هو صاحب الجارية لم يطالبه بالردّ والتسليم ؛فلهذا لم يضمنه [2].

قيل: المطالبة في المسألتين موجودة من صاحب المال؛لأنَّ الله تعـــالى مـــالك لجميـــع الأعيان ،وإنَّما جعل إلى الآدميين التصرف في بعضها دون بعض ،وحقُّه مـــع ذلـــك ثابت في جميعه [3]؛ألا ترى أنَّه إذا أمر في عين من الأعيان بشيء،أو نهى فيـــها عـــن شيء,لم يكن للآدمي الذي العين في يده مخالفته [4] ؟وإذا كان كذلك فـــالله تعـــالى مطالِب بردّ المغصوب ،كما هو مطالِب بإرسال الصيد .

ثم لا اعتبار بالمطالبة ؛ألا ترى أنَّ الصيد مضمون على المحرم،وإن كان لا يمكنه إرساله وتخليته لسبب وعذر؟ لأنَّ الله تعالى غير مطالب له بالتخليه في تلك الحال؟ [5]

وأمَّا الجواب عن قياسهم عليه إذا لم يردّه في يده، فهو أنَّه يبطل به إذا طالبه بـــالرَّدّ فلم يردّه[6].

---

[1] حيث أنَّ أبا حنيفة يوافق على ضمان زيادته.

انظر/المبسوط٤/٩٤-٩٥،وتحفة الملوك ص١٧٢ ،وبدائع الصنائع٢/٤٤٠.

وانظر/الحاوي٧/١٤٧،تخريج الفروع على الأصول صـــ١١٠.

[2] انظر/ المبسوط١١/٥٥.

[3] نقل الإجماع على هذا ابن عقيل كما قواعد ابن رجب (٢/٢٨٣)، والأشـــباه والنظـــائر للســـيوطي ص٣٢٦. و انظر/ الموفقات ٣/٤٣٦.

[4] وذلك لقوله تعـــالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾ ﴾ [سورة الأحزاب آية رقم(٣٦)]

[5] عند الحنفية لا يضمنه إذا هلك قبل تمكنه من الرد إلى الحرم.

انظر/المبسوط١١/٥٥.، تكملة شرح فتح القدير٩/٣٤٩

[6] انظر/بحر المذهب٩/ل١٩.

ثم المعنى في الأصل أنّه يردُّها على الحالة التي كانت عليه في يده ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّه لم يردَّها على الحالة التي كانت عليها في يده ،فلهذا لزمه الضَّمان مع الرد [1].

وأمَّا الجواب عن قياسهم على الثوب إذا هبت به الريح إلى داره، فتلف قبل العلم بصاحبه، فهو أنّه يبطل بما ذكرنا من زيادة الصيد، ثمَّ المعنى في الأصل أنَّ الثوب حصل في يده بغير فعله،وليس كذلك في مسألتنا، فإنَّه حصل في يده بفعله؛ فلهذا لزمه الضَّمان ،ووزان ذلك من مسألة الريح أن ينصب مِنْفَخَة في أصل ثوب، ثم ينفخ بها الثوب فتحصل في داره ؛فأنَّه يلزمه الضَّمان إنَّ تلف ؛لأنَّ ذلك بفعل منه.

فإن قيل:لا فرق بينهما ؛لأنَّ حصول الثوب في داره بهبوب الريح كان بفعله ،وهو بناؤه للدار .

قلنا :البناء ليس بسبب لحصول الثوب في داره ،وإنَّما سبب ذلك الريح ؛ألا ترى أنَّ موضع الدار وإن لم يكن فيه بناء فإنَّ الريح تطرحه فيه ،أو تطرحه في موضع آخر؟ لأنَّه لابدَّ من أن تطرحه على الأرض،فبان بذلك أنَّه حصل بغير فعل منه .

وأمَّا الجواب عن قياسهم على زيادة السوق ،فهو أنَّه يبطل به إذا طالبه بالرَّدِّ فلم يردّ ،ثمَّ المعنى في زيادة السوق أنَّها لو كانت موجودة لم يضمنها فكذلك إذا حدثت ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّ هذه الزيادة إذا كانت موجودة ضمنها ،فكذلك إذا حدثت ،أو المعنى في تلك الزيادة أنَّه لا يضمنها المبتاع من الغاصب، فلم يضمنها الغاصب،وهذه الزيادة يضمنها المبتاع من الغاصب فضمنها الغاصب ،أو المعنى في زيادة السوق أنَّها ليست بزيادة /عين ،وفي مسألتنا هي زيادة عين ؛فلهذا وجب ضمانها [2].

٥/ل

إذا ثبت هذا فإن غصب جارية تساوي مائة فتعلَّمت صنعة ،فبلغت قيمتها ألفاً ،ثمَّ إنَّها نسيت الصنعة ،ورجعت قيمتها إلى مائة وردَّها وجب عليه ضمان ما نقصت

---

[1] انظر/الإصطلام٤/٩٠-٩١.

[2] انظر/الحاوي٧/١٤٧.

قيمتها بذهاب الصنعة فأجرى الشَّافعيّ الصنعة مَجرى السِّمن [1]،وإنَّما كان كذلك ؛لأنَّ كلّ واحد منهما متعلّق بعين المغصوب؛لأنَّ العلم عَرَضٌ[2]،والسِّمنَ جسم [3]،وكلاهما متعلّق بعين المغصوب ،ولهذا فارق زيادة السوق؛ولأنَّها لا تتعلّق بالعين إذ ليست عرضاً من أعراض العين ،ولا جسماً منها ،وإنَّما تحصل هذه الزيادة برغبة الناس وطلبهم ،وتذهب بقلّة رغبتهم،وكلُّ ذلك لا يتعلّق بالعين ولا يختص بها ؛فلهذا لم تكن مضمونة. [4]

---

[1] انظر/الأم٣/٢٨٢.

[2] العرض:هو الموجود الذي يحتاج في وجوده إلى موضع ،أيّ محل يقوم به.

انظر/التعريفات ص١٤٨ .

[3] الجسم:هو جوهر قابل للأبعاد الثلاثة(الطول والعرض والعمق).وقيل: الجسم هو المركب المؤلف من الجواهر.

انظر/التعريفات(٧٦)،والمعجم الوسيط (١/ ١٢٣).

[4] انظر/ الأم٣/٢٨٤،وسيأتي مزيد تفصيل ص ١٤٧.

فـــــرع

إذا غصب جارية قيمتها مائة فسمنت، وبلغت قيمتها ألفاً ،ثم هزلت فعادت قيمتـــها إلى مائة ،ثم تعلّمت صنعة فبلغت قيمتها ألفاً،ثمّ نسيتها فعادت القيمة مائة ،فإنّه يردّها ويردُّ أرش ما نقصت بذهاب السِّمن وهو تسعمائة ،وبذهاب الصنعة وهو تســـعمائة ؛لأنّها زيادتان مختلفتان فوجب أرشهما معاً. [1].

وأمّا إذا كانت الزيادتان من جنس واحد ،وهو أن تكون قيمتها مائة وتسمن فتبلـــغ ألفاً ،ثمّ تهزل فتبلغ مائة ،ثم تسمن فتبلغ ألفاً ،ثم تهزل فترجع إلى المائة .

ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجب عليه إلا تسعمائة واحدة؛لأنّ السِّمن الثّاني هو الأول ولكنّه عـــاد ثم ذهب. [2].

والثّاني: يجب عليه الأرشان معاً ،فيلزمه بدلاً عن كلٍّ واحد منـــهما تســـعمائة؛ لأنّ أجزاء السَّمن الثّاني غير أجزاء السِّمن الأول، فجرى السِّمنان –لاختلافهما- مجـــرى السِّمن والصنعة. [3]

قال القاضي : [4]وهذه المسألة مبنيّة على مسألة السنِّ إذا قلعت وأخذ المجـــني عليـــه الأرش ثم عادت [5]ففيها قولان :

---

[1] انظـــر/الحـــاوي١٤٨/٧،والتـــهذيب٢٩٩/٤،البيـــان ٣٢/٧، حليـــة العلمـــاء ٥/ ٢٢٦،وفتـــح العزيز٥/٤٥٠،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٤٠.

[2] وهو قول أبي علي بن أبي هريرة .

انظر/الحاوي١٤٨/٧،والتهذيب٢٩٩/٤،البيان ٣٢/٧-٣٣.

[3]قال الماوردي بعد ذكره لهذا الوجه((وهو قول أبي سعيد الإصطخري والأشـــبه بـــأصول الشّـــافعيّ)) الحاوي١٤٨/٧ ، وصححه العمراني في البيان ٣٣/٧،وانظر/المراجع السابقة.

-ومنهم من قال يضمن مراراً وجهاً واحداً ،وبه قال صاحب التلخيص .(التلخيص٢٩٩)

[4] المراد به المصنف .

[5] قال الرافعي ((والوجهان عند القاضي أبي الطيب مبنيّان على الخلاف إذا قلع سنَّ كبيرٍ،وعاد،وضعّفـــه صاحب التتمة ؛لأنّ عود سنِّ الكبير نادر ،وعود السِّمن ليس بنادر)). فتح العزيز ٥/٤٥٠.

و انظر/ البيان ٣٣/٧.

أحدهما: يردُّ الأرش ؛لأنَّ السِّنَّ عادت كما كانت .

والثاني: لا يردُّ ؛لأنَّ ذلك ابتداء هبة الله تعالى ،وليست هي التي قلعت،وإنَّما هي غيرها.[1]

---

[1] انظر/المهذب٥/١٤١.

-والقول الثاني هو الصحيح .

انظر/المنهاج مع مغني المحتاج ٤/١٦٤،الروضة٩/٢٧٩.

فـــرع

إذا غصب جارية سمينة مُفْرطِة في السِّمن [(١)] قيمتها ألف درهم،ثم نقص سمنـــها في يد الغاصب حتى اعتدلت ،والقيمة بحالها،أو زادت قيمتها بذلك مائة، يردُّها ولاشيء عليه في مقابلة ما ذهب من السِّمن؛ لأنَّ ضمان الجزء الناقص إنَّما يجب إذا نقصـــت القيمة به لأنَّا نغرِّمه أرش ما نقص، فإذا لم تنقص القيمة لم يجب شيء .[(٢)].

فإن قيل:فقد قلتم إذا غصب عبداً قيمته ألف درهم فخصاه [(٣)]،فزادت قيمتـــه أنَّـــه يردُّه ،ويردُّ أرش الجناية، فما الفرق بين المسألتين؟.

فالجواب:أنَّ الشرع/ قد جعل في الخصيتين [(٤)]مقداراً مقدَّراً فلا يراعى فيه نقصـــان القيمةِ؛ فلهذا وجب وإن زادت القيمة ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّه يراعـــى فيـــه نقصان القيمة فإذا لم تنقص لم يجب الضَّمان. [(٥)]

وإذا ثبت هذا صحَّ قولنا، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي جاوزت حد الاعتدال .

انظر/ لسان العرب ٣٦٩/٧.

(٢) انظر/المهذب٢٠٠/٢،التهذيب٢٩٩/٤،الروضة ٤١/٥.

(٣) خصاه :سلَّ خُصْيبه،فهو خَصِيٌّ ومَخْصِيٌّ.

القاموس المحيط (١١٥٢) ،والمصباح المنير(٦٦).

(٤) كذا في المخطوطة بإثبات التاء،مثنى(الخُصية) بضم الخاء المعجمة،وكسرها.

وقال أبو عمرو:الخصيتان البيضتان،والخصيان الجلدتان اللتان فيهما البيضتان،وقال الأموي: الخُصية البيضـة فإذا ثنيت قلت (خُصيَان) و لم تلحقه التاء،وكذا الأَلْيَةُ إذا ثنيتها قلت أَلْيَان بغير تاء وهما نـــادران.(مختـــار الصحاح ص١٨٧)

(٥) انظر/المهذب ١٩٩/٢-٢٠٠، الحاوي١٤٩/٧ ،الروضة ٤١/٥.

-إذا خصي العبد فهو على القولين السابقين في جراح العبد .

إن قلنا بالجديد:فيلزمه كمال القيمة.

وإن قلنا بالقديم:فالواجب ما نقص من القيمة وإن لم تنقص القيمة شيء فلاشيء عليه.

انظر/ الروضة ٤١/٥ ، والغاية القصوى ١ /٥٧٦.

[٣]مســــألــة

قال الشَّافعيّ :(وإِنْ كَانَ الْمَغْصُوبُ دَابَّةً فَشَغَلَهَا الْغَاصِبُ،أَوْ لَمْ يَشْـغَلْهَا ،أَوْ دَاراً فَسَكَنَهَا،[أَوْ أَكْرَاهَا] [١] أَوْلَمْ يَسْكُنْهَا ،أَوْ لَمْ يُكْرِهَا فَعَلَيْهِ كِرَاءٌ مِثْلُ كِرَاءِ ذَلِـكَ مِنْ حِينِ أَخَذَهُ حَتَّى يَرُدَّهُ.) [٢].

وهذا كما قال.

المنافع [٣]عندنا تضمن بالغصب ،فإذا غصب عيناً لها منفعة كالثوب ،والدابَّة ،والعبد والدَّار ،ومضت لها أجرة لزمته أجرة المثل، سواء انتفع بها الغاصب ،أو لم ينتفع. [٤]

---

[١] ((أو أكراها)) زيادة من المختصر المطبوع(١٢٨).

والكِراء:بالمد الأجرة ،وهو مصدر في الأصل من كاريته ،من باب قاتل والفاعل مُكارٍ على النقص والجمع مُكارُون ومُكارين مثل قاضون وقاضين .المصباح المنير ٢٠٣.

وانظر/تحرير ألفاظ التنبيه٢١٩-٢٢٠.

[٢]مختصر المزني ص ١٢٨،وتمام المسألة فيه (وليس والغلة بالضَّمان إلا للمالك الذي قضى له بها رسـول الله صلى الله عليه وسلم. وأدخل الشَّافعيّ رحمه الله على من قال إن الغاصب إذا ضمن سقط عنه الكراء قوله: إذا اكترى قميصًا فاتزر به، أو بيتاً فنصب فيه رحى أنه ضامن وعليه الكراء).

[٣] المنافع :جمع منفعة وتطلق في اللغة: على كل ما يستفاد من الشي، مأخوذة من النفع وهو في اللغة الخير . ويرى أكثر الفقهاء أنَّ المنفعة لا تطلق إلا على الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها، كسكنى الدار وركوب الدابَّة ولبس الثوب ،ولا تتناول الفوائد المادية كاللبن بالنسبة إلى الحيوان والثمر بالنسبة إلى الشجر .

انظر/ المصباح المنير ص٢٣٦،معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص٣٣٠.

[٤] انظر/الأم٣/٢٨٥،والتلخيص٤٠٠،الوسيط٣/٤٢٠،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهـــل الشـــريعة ٢/٣٦.

-يشترط لضمان منافع المغصوب عند الشَّافعيّة شرطان:

١)أن تكون المنفعة مما يعاوض عليها بالإجارة ،ومالا تصح إجارته كالنخيل ،والشجر لم يلزم الغـــاصب أجرة.

٢)أن يستديم مدة الغصب زماناً يكون لمثله أجرة،فإن قصر زمانه عن أن يكون لمثله أجرة لم يلزمه بالغصب أجرة.

انظر/الحاوي٧/١٦٢،الروضة٥/١٣.

وقال أبو حنيفة :لا تضمن المنفعة بالغصب ،سواء انتفع بها الغاصب ،أو لم ينتفع.[1]

واحتجّ من نصره :بقوله ﷺ (الخراج بالضّمان) [2] فجعل الغلة والمنفعة متعلّقة بضمان القيمة ،والغاصب ضامن لقيمة المغصوب، فكان له عليه منفعته،وإذا كان ذلك له لم يلزمه ضمانه. [1]

---

[1] انظر/تحفة الفقهاء٣/٩٠-٩١،المبسوط١١/٧٨،رؤوس المسائل٣٥١.

إلا أنّ الحنفية أوجبوا أجرة المثل في ثلاثة مواضع :

أن يكون المغصوب وقفاً، أو ليتيم ،أو معدّاً للاستغلال:أي بناه صاحبه لذلك الغرض.

انظر/تبين الحقائق٧/١٣٩،حاشية ابن عابدين٥/١١٩.

[2] أخرجه من حديث عائشة رضي الله عنها أبو داود في كتاب الإجارات ،باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ٣/٢٨٤.برقم(٣٥٠٨).

والترمذي في أبواب البيوع ،باب ما جاء في من يشتري العبد فيستعمله ثم يجد به عيباً٣/٥٨٢ برقم(١٢٨٦)

وقال ((حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة قال أبو عيسى: وقد روى مسلم بن خالد الزنجي هذا الحديث عن هشام بن عروة ،ورواه جرير عن هشام أيضاً، وحديث جرير يقال تدليس ،دلس فيه جرير لم يسمعه من هشام بن عروة)).

والنسائي في كتاب البيوع ،باب الخراج بالضّمان ٧/٢٩٢.

وابن ماجة في كتاب التجارات،باب الخراج بالضّمان ٢/٧٥٤برقم(٢٢٤٣)

وابن حبان في صحيحه ١١/٢٩٨-٢٩٩.

والحاكم في المستدرك بلفظ(الغلة بالضّمان)وقال: (هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه وقد رواه بن أبي ذئب عن مَخْلَد بن خُفَاف عن عروة عن عائشة مختصراً).٢/١٨.

وأبو عوانه في مسنده ٣/٤٠٤-٤٠٥.

والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٣٢٢.

وابن حزم في المحلى ٥/٢٥٠، وقال عنه (أنه خبر لا يصح؛ لأن راويه مَخْلَد بن خُفَاف وهو مجهول).

قال ابن الجوزي في العلل المتناهية (وقد رواه مسلم بن خالد عن هشام وهذا الحديث لا يصحُّ أما خالد فكان من المرجئة أمّا مسلم بن خالد فقال ابن المديني ليس بشيء وقال أحمد بن حنبل ما أرى لهذا الحديث أصلاً)٢/٥٩٦.

وقال الحافظ في التلخيص : (وصححه بن القطان ،وقال ابن حزم لا يصح)٣/٢٢.

وحسنه الألباني في الإرواء وقال: ((ورجاله كلهم ثقات رجال الشيخين غير مَخْلَد هذا ،وثقه ابن حبّان ،وقال البخاري ((فيه نظر)) وقال الحافظ مقبول ،قلت،يعني عند المتابعة،وقد توبع في هذا الحديث ،فقال

ولأنَّها منفعة استوفاها بغير عقد ولا شبهة عقد [٢]فلم يلزمه ضمانها ،كما لـــو زنى بامرأة لم يلزمه مهرها. [٣]

ولأنَّها نوع منفعة، فوجب أن لا تضمن بالغصب، كمنفعة البُضْع ،فإنَّه لو أمســـك أمة غصبها مدة ،ثم ردها لم يلزمه ضمان منفعة بُضْعها .

ولأنَّها منفعة تضمن بعقد الإجارة ،فوجب أن لا تضمن بالغصب؛ الدليل عليه منفعـة الحر.

ولأنَّ المنفعة لو كانت تضمن كما تضمن العين لوجب على المغرور في النكـــاح- إذا زُوِّج امرأة على أنَّها حرَّة فبان أنَّها أمة أن يلزمه ضمان منفعة الولد الذي أتلف رقَّـــه باعتقاده، كما وجبت قيمته عليه ،وفي إجماعنا على أنَّه لايجب عليه ضمـــــان تلـــك المنفعة دليل على ما قلتم. [٤]

قالوا:ولأنَّ المنفعة لو كانت تجري مجرى العين في الضَّمان لوجب إذا تبرَّع المريـــــض مرضاً مخوفاً بعمل لإنسان ثمَّ مات أن يكون لورثته الرجوع على المعمول له بثلثـــي قيمة العمل؛لأنَّ تبرُّعه لا ينفذ إلا في الثلث ،كما لـــو تـــبرَّع بعـــين مـــن أعيـــان ماله. [٥]

مسلم بن خالد الزنجي ثنا هاشم بن عروة عن أبيه عنها((أنَّ رجلاً ابتاع غلاماً،فأقام عنده ما شـــاء الله أن يقيم ،ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ ،فردَّه عليه،فقال الرجل :يا رسول الله قد استغل غلامي،فقـال رسول الله(الخراج بالضَّمان). ثم ذكر تخريجه من هذا لطريق عن أبي داود وابن ماجة والطحـــاوي وابـــن الجارود والحاكم وقال صحيح الإسناد ووافقه الذهبي ...)الإرواء(١٥٩/٥)

[١] انظر/المبسوط١١/٧٧ .

[٢]شبهة العقد:هي ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة،كما إذا تزوج امرأة بلا شهود.
وهذا المصطلح خاص عند الحنفية دون غيرهم.
انظر/الاختيار٤/٩٠،وحاشية ابن عابدين ١٥١/٣-١٥٣.

[٣]انظر/المبسوط ٧٧/١١.

[٤] انظر/المبسوط١١/٧٩.

[٥] المرجع السابق .

ودليلنا :قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[1] فأوجب المثل ،والمثل في الشريعة على ضربين :

مثل من طريق الصُّورة .

ومثل من طريق القيمة .

وقد تعذَّر المثل من طريق/ الصُّورة هاهنا ،فوجب المثل من طريق القيمة[2]. /٥

ولأنَّ كلَّ ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمن بمجرَّد الإتلاف ؛الدليل عليه الأعيان. [3]

ولا يدخل عليه منفعة البُضْع ؛لأنَّها تضمن بمجرَّد الإتلاف ،وهو إذا استكرهها حتى وطئها .[4]

ولا يدخل عليه منفعة الحرِّ؛ لأنَّها تضمن وهو إذا استكرهه حتى عمل له. [5]

ولا يدخل عليه الحربي إذا أتلف منافع غيره؛ [6] لأنَّ التعليل لم يقع للأعيان ،وإنَّما وقع لإيجاب الضَّمان في الجملة ،وتلك المنفعة مضمونة على غيره بمجرَّد الإتلاف،وإن لم تكن مضمونة عليه.

---

[1] سورة البقرة آية رقم[١٩٤].

[2] انظر/الحاوي٧/١٦٠.

[3] انظر/الحاوي٧/١٦٠،الاصطلام٤/١٠٣،البيان ٧/١١،وفتح العزيز٥/٤١٦.

[4] حيث يجب الحد لله والمهر لها (الاصطلام ٤/١١١).

وعند الحنفية لا يجب المهر بناء على أنَّ المنافع غير مضمونة عندهم،ويجب الحد على المكْرِه.

انظر/كنز الدقائق٥/٢٠.

[5] منافع الحر مضمونة –عند الشَّافعيَّة – بالاستهلاك والإجبار على العمل –كما هنا – وفي ضمانها بالتفويت والحبس وجهان: أصحهما عند جمهور الأصحاب :أنَّه لا ضمان ،وهذا بخلاف منافع العبد فهي مضمونة مطلقاً بالاستهلاك وبالتفويت .الحاوي ٧/١٦١-١٦٢.

وانظر/فتح العزيز٥/٤١٧،والروضة٥/١٤.

[6] فإنَّها غير مضمونه عليه .

ولأنَّ المنافع تجرِي مجرَى الأعيان ؛بدليل أنَّها تضمن بالعقد الصحيح والفاسـد، وتصـح الوصيَّة [1] بها، والأعيان تضمن بالغصب ،وكذلك المنافع [2].

ولأنَّه إذا استعار [3] ثوباً ،واكتراه ليلبسه فحمل فيه تراباً لزمه ضمان ما ذهـب بذلـك الاستعمال من المنفعة، فكذلك هاهنا ،وكذا لو اكترى داراً للسكنى فدقَّ فيـها الثيـاب وقصَّرها فيها لزمه ضمان التي تلفت بذلك، وكذلك هاهنا .

فأمَّا الجواب عن الخبر: [4] فهو أنَّه وارد في غلَّة المبيع يستوفيها المشتري ،ثم يجد بـالمبيع عيباً فيردُّه ،ويمسك الغلَّة ،والغصب بخلاف ذلك [5]،والذي يدلُّ عليه إجماعنـا علـى أنَّ الغلَّة لا تكون للغاصب ؛لأنَّ على مذهبكم لا يملكها وعليه أن يتصدق بها.[6]

وأمَّا الجواب عن قياسهم على الزِّنى فمن وجوه:

أحدها :أنَّه ينتقض بردِّ الآبِق [7]؛لأنَّه إذا ردَّ عليه عبده الآبق استحقَّ عليه أجرة المثل علـى قول أبي حنيفة ،وليس هناك عقد ولا شبهة عقد. [8]

والثَّاني :أنَّه ينتقض أيضاً بالأب إذا وطئ جارية ابنه ،فإنَّه يلزمه مهر المثل ،وليس هنـاك عقد ولا شبهة عقد. [9]

انظر/ نهاية المحتاج٥/١٥٠،مغني المحتاج ٢/١٢٧.

[1] الوصية في الشرع: تبرُّع بحقٍّ مضافٍ -ولو تقديراً- لما بعد الموت ،وليس التبرع بتدبير ،ولاتعليق عتـق ،وإن التحقا بها حكماً كالتبرع المنجَّز في مرض الموت،أو الملحق به.(مغني المحتاج٣/ ٣٩)

[2] انظر/الحاوي٧/١٦٠-١٦١.

[3] العاريَّة شرعاً:إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه(تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٠٩).

[4]وهو حديث(الخراج بالضَّمان).

[5] انظر/مختصر المزني ١٢٨،الرسالة٥١٨-٥١٩-٥٢٠،الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٧ .

[6] انظر/المبسوط١١/٧٧،وتبين الحقائق ٥/٢٢٥.

[7] الآبق اسم فاعل من الفعل أبق العبد أَبْقاً،من بابي تَعِب وقَتَل والأكثر من باب ضَرَبَ إذا هرب من سيِّده من غير خوف ولاكدِّ عمل هكذا قيده في العين،وقال الأزهري: الأبق هروب العبد من سـيده،والإبـاق بالكسر اسم منه فهو آبقٌ ،والجمع أُبَّاق مثل كافر وكفَّار(المصباح المنير ص١)

وقال النووي((يقال أبق العبد :إذا هرب من سيِّده(تحرير ألفاظ التنبيه١٥٧).

[8] انظر/ المبسوط١١/٧٧ عيون المسائل في فروع الحنفية ١٧٧،والبناية في شرح الهداية ٦/٤٤-٤٥.

[9] انظر/البناية في شرح الهداية٥/١٤٧ ،والوسيط٥/١٨٨،والروضة٧/٢٠٩.

والثالث :أنَّ المعنى في الأصل أنَّ المرأة رضيت بإتلاف منفعة بُضْعِها من غير بدل ؛فلهذا لم يجب لها البدل، وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّ صاحب المنفعة لم يرضَ بإتلافها ؛فلهذا لزمه بدلها [1]،والذي يبين هذا أنَّه إذا أذن له في إتلاف عين من أعيان أمواله فأتلفها لم يلزمه ضمانها،ولو غصبها لزمه ضمانها.

فإن قيل: قد قلتم إنَّ المُفوِّضة [2] بضعها إذا وطئها الزوج وجب المهر لها، وقد رضيت بالوطء من غير بدل . [3]

فالجواب: أنَّ ذلك المهر إنَّما وجب لتقدم العقد الذي هو موضوع لاقتضاء العوض ووطئه إيَّاها بذلك العقد؛ فلهذا وجب المهر.

فأمَّا إذا زنى بها فقد رضيت بإتلاف منفعتها بغير عوض ،وليس هناك عقد سابق يقتضي العوض. [4]

/٥ **وأمَّا الجواب** :عن/ قياسهم على منفعة البضع: [5]:فهو أنَّ المعنى في الأصل أنَّها لا تتقدَّر بالزمان فلم تفت بمضيه ،وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّ منافع الأعيان تتقدَّر بالزمان ،وتفوت بمضيها ؛فلهذا لزمه ضمانها .

أو المعنى فيها أنَّه لا يمكن تقويمها وتقديرها ،وليس كذلك في مسألتنا فإنَّ هذه المنافع يمكن تقديرها وإيجاب البدل فيها ؛فلهذا وجب ضمانها .

أو المعنى فيها: أنَّ يد الغاصب لا تثبت عليها؛ ألا ترى أنَّ للمغصوب منه أن يزوِّج جاريته المغصوبة سواء قدر الزوج على تسلُّمها من الغاصب أو لم يقدر؟، وليس

---

[1] انظر/الاصطلام ٤/١١٢.

[2] المفوَّضة:في النكاح المشهور فيها كسر الواو ،وحكى الرافعي أيضاً فتحها ،والتفويض جعلك الأمر إلى غيرك،ويقال هو الإهمال ،وتسمى المرأة مُفَوِّضة بالكسر لتفويضها أمرها إلى الزوج،أو الولي بلا مهر ،ومُفَوَّضة بالفتح ؛لأنَّ الولي فوَّض أمرها في المهر إلى الزوج .

والتفويض ضربان:تفويض مهر ،وتفويض بُضْع:والمراد منه إخلاء النكاح من المهر .(تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢/٧٦)وانظر/فتح العزيز٨/٢٧٤.

[3] انظر/الوسيط ٥/٢٣٧،فتح العزيز٧/٢٧٤.

[4] انظر/فتح العزيز ٥/٤١٧.

[5] انظر/ المبسوط١١/٧٧.

كذلك في مسألتنا؛لأنّ يد الغاصب تثبت على منافع الأموال فإذا تعدّى لزمه ضمانها. [1]

وأمّا الجواب عن قياسهم على منفعة الحرّ فهو أنّه يُنظر:

فإنْ كان استكرهه على العمل لزمه ضمان منفعته ،فعلى هذا لا نسلّم .

وإن لم يكن استكرهه فقد حكى أبو علي ابن أبي هريرة [2] عن بعض أصحابنا أنّه قال: يلزمه ضمانها [3].

والمذهب الصحيح :أنّه لا يلزمه ضمانها. [4]

فعلى هذا الفرق بينهما: أنّ منفعة الحرّ تحت يده فلا تثبت عليها يد الغاصب ؛ألا ترى أنّه إذا حبس حراً فسرقت ثيابه لم يلزمه ضمانها ؟،ولو حبس عبداً فسرقت ثيابه لزمه ضمانها ،والفرق بينهما ما ذكرنا.

وأمّا الجواب عن قياسهم على ولد الجارية إذا وطئها زوجها المغرور فهو أنّه يضمن قيمته؛ لأنّه أتلف رقّه على سيّدها ،وما ضمن بالإتلاف من الأعيان ،فإنّه لا يضمن منافعه [5]؛ألا ترى إذا قتل عبداً لرجل ضمن قيمته و لم تضمن منفعته ؟.

---

[1] انظر/ الاصطلام٤/١١٠، فتح العزيز٥/٤١٦-٤١٧ .

[2] هو الحسن بن الحسين أبو علي البغدادي الفقيه القاضي من أصحاب الوجوه ،تفقه على ابن سريج،وأبي إسحاق المَرْوزي ،وصنف شرحاً لمختصر المزني،وأخذ عنه ،أبو علي الطبري،والدارقطني وغيرهما.

توفي في رجب سنة ٣٤٥.

انظر/الطبقات للسبكي٣/٢٥٦،وسير أعلام النبلاء١٥/٤٣٠.وشذرات الذهب ٢/٣٧٠.

[3] انظر/الحاوي٧/١٦١،والروضة ٥/١٤ .

[4] انظر/المرجعين السابقين ،وفتح العزيز٥/٤١٧ .

[5] انظر/الاصطلام٤/٩٤.

وأمّا الجواب عن قولهم :إنّ المريض إذا تبرَّع بالعمل لم يرجع الورثة على المعمول له بشيء [(١)]،فهو أنّه إنّما لم يرجعوا بشيء من ذلك ؛لأنّ منافعه لا تنتقل إليهم بموته ومالا ينتقل إليهم بموته فلا رجوع لهم على من يحصل له بشيء من بدله. [(٢)]

ألا ترى أنّه إذا أعتق أمّ ولده في مرضه ،ثمّ مات لم يرجع الورثة عليها بشيء من بدل بضعها؟. والله أعلم.

---

(١) وقال بعض الشّافعيّة:يعتبر من الثلث ،وهو ضعيف.

انظر/ الاصطلام٤/١٠٢، الروضة٦/ ١٣٣.

(٢) انظر/المرجعين السابقين.

[٤]مسـألـة

قال: (وَكَذَلَكَ[١] هَذَا فِي الْبيعِ الْفَاسدِ[٢]).

وهذا كما قال.

إذا ابتاع جارية بيعاً فاسداً ،و تسلّمها وزادت في يده،ثمّ نقصت وردّها على صاحبها ،أو تلفت في يده فما حكمها؟

قال أبو على ابن أبي هريرة: [٣] إذا ردّها قد نقصت ،فإنّه لايجب عليه ضمان الزيادة التي ذهبت في يده ،وإن تلفت الجارية في يده لم تلزمه قيمتها إلا وقت التلف.

ووجه هذا :أنّه أمسكها بإذنه ،فهو كالعارية [٤].

والمذهب أنّ حكمها /حكم الجارية المغصوبة في التفصيل الذي ذكرنا [٥]؛لأنّ الشّافعيّ عطف مسألة البيع على مسألة الغصب .

٥/ل/٢٣٥

ووجه :أنّها زيادة عين نُهِيَ عن إمساكها فلزمه ضمانها كزيادة المغصوبة [٦]؛لأنّ المبتاع بيعاً فسداً مأمور بردّه في جميع الأحوال ،ويفارق العاريَّة؛لأنّ المستعير يمسكها

---

[١] هذا عطف وإشارة إلى مسألة زوائد المغصوب المتقدمة برقم(٢)حسب ترتيبها في مختصر المزني المطبوع ص(١٢٨)،وليست عطفاً على مسألة ضمان المنافع المتقدمة برقم(٣) كما يوهمه ترتيبها هنا في المخطوطة.

[٢] مختصر المزني ص(١٢٨).

[٣] تقدمت ترجمته في ص١٢٦.

[٤] انظر/الحاوي١٤٩/٧،وبحر المذهب ٩/ل٢١.

-وقال الخراسانيون:وفيه قولان،قال الرُّوياني (وفيه نظر) ،(بحر المذهب٩/ل٢١) وانظر/المجموع٣٦٥/٩.

[٥] في مسألة زوائد المغصوب المتقدمة ص١١٩،فتجب قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب.وهو المذهب كما ذكره المصنف هنا.

وانظر/المرجعين السابقين، ومغني المحتاج٤٠/٢.

- وهناك وجه ثالث:أنّه تجب قيمتها يوم القبض.قال النووي في المجموع(وهو غريب)(المجموع ٣٦٥/٩) وانظر/التنبيه ص (٩٠).

[٦] في ضمان زوائد المقبوض بالبيع الفاسد وجهان:

الأول:يلزمه ضمانها إذا تلفت وهو المذهب،والمنصوص.

والثاني:أنّه لا يضمن الزيادة إذا تلفت العين ،وإنّما يضمنها إذا ردّ العين،وقد ذهبت الزيادة.

انظر/المجموع٣٦٥/٩.

بإذن صاحبها ،وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّه إنَّما أُذن له في الإمساك بشرط أنَّ يسلِّم له العوض المسمَّى ،فإذا كان الإذن في الإمساك متعلِّقاً بذلك و لم يسلِّم له العوض بطل الإذن .

الذي يدل على هذا أنَّه يضمن أجرة المنافع،والمستعير لا يضمن ذلك ؛لأنَّه إذا تصرف في المبيع بيعاً فاسداً بهبة [1]،أو بيع ،أو عتق لم ينفذ تصرفه، فلو كان الإذن قائماً لنفذ تصرفه في البيع الصحيح .

هذا ظاهر قول الشَّافعيّ على ما حكيناه. [2]

وأبو علي ابن أبي هريرة [3] تأول كلام الشَّافعيّ،وأنَّه عطفه على الغصب بوجوب ضمان الأصل؛فإنَّه يضمن في البيع الفاسد، كما يضمن في الغصب [4] .

[1] الهبة في الشرع:تمليك عين بلا عوض (تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٤)،وانظر/إعانة الطالبين ١٤٢/٣.

[2] إشارة إلى قوله هنا (لأنَّ الشَّافعيّ عطف مسألة البيع على مسألة الغصب)ص١٢٨. وانظر/الحاوي١٤٩/٧ ،وبحر المذهب ٩/ل٢١،والمجموع٣٦٥/٩.

[3] تقدمت ترجمته ص ١٢٦.

[4] وهناك تأويل آخر:وهو حمله على ضمان الأجرة. انظر/الحاوي١٤٩/٧،وبحر المذهب٩/ل٢١.

[٥]مســـــألـــة

قال:(وَالْحُكْمِ فِي وَلَدِهَا [١] **الَّذِينَ وُلِدُوا فِي الْغَصْبِ كَالْحُكْمِ فِي[بَدَنِهَا]** [٢]**)**
وهذا كما قال .

إذا غصب جارية حاملاً ضمنها وضمن حملها،وكذلك إذا غصبها حـائلاً [٣] ثمّ حملت في يده ضمن حملها،وكذلك ماعدا الحمل من أنواع النماء. [٤]

وقال أبو حنيفة: لا يضمن الغاصب الحمل في الحالتين جميعاً . [٥]

واحتجّ من نصره : بأن قال: الحمل حصل في يده بغير فعله،فإذا تلف بغير فعله قبـل المطالبة بردّه لم يلزمه ضمانه. [٦]

الدليل عليه الثوب تهب به الريح إلى داره. [٧]

وأيضاً فإنّ الحمل لا تثبت عليه يد ؛ألا ترى أنّ كلّ عقد تفتقر صحته ،أو لزومـه إلى القبض ،مثل الهبة والرهن [٨]فإنّه لا يصح في الحمل،ومالا تثبت عليه اليد لا يصـح غصبه؟ [٩]

---

[١] الوَلَد :يكون واحداً وجمعاً،وكذا (الوُلْد)بوزن القُفْل.وقد يكون(الوُلْد)جمع وَلَدٍ كأسدٍ وأُسد.(مختـار الصحاح(ص٧٣٥)).وانظر المصباح المنير(ص٢٥٧)

[٢] بياض في الأصل ،وفي مختصر المزني المطبوع(١٢٨).(بدنها)كما أثبتناه.

[٣] الحائل :كل أنثى لم تحمل .انظر/ لسان العرب ١١/١٨٩، المصباح المنير ص ٦٠.

[٤] انظر/الأم ٣/٢٨٢،المهذب ١/٢٠١،والحاوي،٧/١٥٠،وبحر المذهب٩/ل٢١،والاصطلام ٤/٨٨.

[٥] انظر/مختصر القدوري مع الجوهرة ١/٤٤٣، المبسوط/١١/٥٤-٥٥،البدائع،٦/١٣٣،وتكملة شرح فتح القدير٩//٣٤٨.

-وذهب محمد بن الحسن من الحنفية أنّها تكون مضمونة؛ لأنّ الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه(البدائع٦/١٣٣).

[٦] يضمن الغاصب زوائد المغصوب عند الحنفية ،إذا طالب بها المغصوب منه ومنعها الغاصب .
انظر/مراجع الحنفية السابقة،وتحفة الفقهاء٣/٩٠.

[٧] انظر/المبسوط١١/٥٤-٥٥،ومختصر اختلاف العلماء٤/١٧٤.

[٨] الرهن في الشرع:جعل عين مال وثيقة بدين،يستوفي منها عند تعذر استيفائه ممن عليه . تحرير ألفـاظ التنبيه ١٩٣،وانظر/إعانة الطالبين٣/٥٥.

[٩] انظر/المبسوط١١/٥٤-٥٥،وتكملة شرح فتح القدير٩/٣٤٨-٣٤٩.

وأيضاً فإنَّ الغصب إنَّما يكون بنقل المغصوب ؛ألا ترى أنَّه لو قعد على جذع لغيره ،أو أمسك قميصه لم يصر غاصباً له؟، لأنَّه لم ينقله عن موضعه ،وإذا كان الغصب متعلّقاً بذلك لم يصر الحمل مغصوباً؛لأنَّه ما نقله عن موضعه [1].

ودليلنا :أنَّه نماء ليس له ،حدث في يده عن أصل مضمون عليه بيدٍ متعدِّية، فوجب أن يضمنه ؛ الدليل عليه حمل الصيد الذي يصطاده المحرم. [2]

وإنَّما قلنا: (نماء) و لم نقل (ولد)؛لأنَّه لا فائدة لتخصيص الولد؛لأنَّه وغيره سواء في الضَّمان .

وقولنا: (ليس) احتراز من الحمل الموصى له به دون الأمّ إذا غصب الأم .

وقولنا: (ليس له) و لم نقل(لغيره) ؛لأنَّ حمل /الصيد ليس له ولا لغيره من الآدميين بل هو مباح.[3]

٥/أ

وقولنا : (حدث في يده) احتراز من الحمل إذا انعقد حرّاً؛لأنَّ اليد لا تثبت عليه.

وقولنا : (عن أصل مضمون) احتراز من الوديعة .

وقولنا: (بيد متعدِّية) احتراز من الوديعة تكون في يده بعد أن جُنِيَ عليها وأودعت عنده؛ لأنَّه لا يضمن ولدها ؛لأنَّ ضمانَ الأصل ضمانُ الجناية ،لا باليد.[4]

فإن قيل:المعنى في الأصل أنَّ الله تعالى مطالِب له بإرسال الصيد في كلِّ وقت ؛فلهذا ضمنه ،وفي مسألتنا بخلافه.

---

[1] انظر/تحفة الفقهاء٣/٨٩،بدائع الصنائع٦/١٣٩..

[2] انظر/الحاوي ٧/١٥٠،والاصطلام٤/٩٥،البيان ٧/٣٤،وتخريج الفروع على الأصول صـ١١٠، وتكملة شرح فتح القدير٩/٣٥٠.

[3] المباح :ما لا يتعلق بفعله وتركه مدح أو ذم .

انظر/ نهاية السول ١/٨٠.

[4] الحاوي٧/١٥٠-١٥١ تخريج الفروع على الأصول صـ١١٠.

فالجواب عنه قد مضى،[1] ويدل عليه أيضاً أنَّ كلَّ ما وجب ضمانه إذا كان خارج وعائه وجب ضمانه إذا كان في وعائه، كالدُرَّة[2] في الصدفة،[3] والدنانير في الكيس، والثياب في الصندوق[4]؛ ويدل عليه إذا تلفت الجارية المغصوبة في يده وهي حامل لزمته قيمتها حاملاً[5]، وذلك يدل على أنَّ الحمل مضمون، والذي يؤكِّد هذا أنَّه إذا كان الحمل له والبهيمة لغيره مثل أن يوصى له بالحمل، فتلفت البهيمة في يده لزمه قيمتها حاملاً، ولو كانت البهيمة لرجل، والحمل لآخر وجب لصاحب البهيمة قيمتها حائلاً، ولصاحب الحمل قيمة الحمل.

فأمَّا الجواب: عن قياسهم على الثوب تهب به الريح فقد مضى[6].

وأمَّا قولهم: أنَّ الحمل لا تثبت عليه اليد.

فالجواب عنه: أنَّ الحمل تثبت عليه اليد؛ بدليل أنَّ البهيمة إذا تلفت وجب عليه ضمانها حاملاً[7].

---

(1) تقدم ص ١١٤ .

(2) الدُرَّة: بالضم، اللؤلؤة العظيمة، والجمع(دُرٌّ)و(دُرَّات)و(دُرَر) .
انظر/القاموس المحيط ص٣٥٣، ومختار الصحاح ص ٢٠٢.

(3) الصدفة: غشاء الدُّرِّ والجمع(صُدف).
انظر/القاموس المحيط ص٧٤٤، والمصباح المنير ص١٢٨.

(4) انظر/الحاوي٧/١٥٠، والاصطلام٤/٩٢.

(5) تكملة شرح فتح القدير ٩/٣٥٣، والاصطلام ٤/٩٢.

(6) تقدم في صفحة ١١٥.

(7) انظر/الاصطلام٤/٩٢.

وإنَّما لم يصح عقد الرهن ،والهبة على الحمل؛لأنَّه مجهول ،وهبة المجهول ورهنـــه لا يصح ؛ألا ترى أنَّه لا يصح بيعه [1]،وإن كان صحة البيـــع ولزومـــه لا تفتقـــر إلى القبض ؟

وأمَّا قولهم :إنَّ الغصب إنَّما يكون بالنقل . [2]

فالجواب :أنَّه يبطل في الدُّرَّة في الصدقة ،والدراهم والدنانير في الكيس،والطعـــام في السفينة إذا سيَّرها ،فإنَّه يضمن الطعام،وإن كان لم ينقـــل عـــن محلـــه.والله أعلـــم بالصَّواب.

---

[1] فكل ما صح بيعه صح رهنه، إلا في أربع مسائل:

المنافع،والمدبَّر على أحد القولين –وهو الصحيح– والمعتق بصفة،والزرع بشرط أن يقطعه عنـــد حلـــول الأجل.

-ويجوز رهن شيئين ولا يجوز بيعها :

الأول:رهن المصحف من الكافر،وكذلك العبد المسلم(على الصحيح).

والثاني:الجارية إذا كان لها ولد صغير(على المذهب) (اللباب ٢٥٩)

وانظر/زاد المحتاج ١٣٨/٢ ،والروضة٣٩/٤،والوسيط ٤٦١/٥-٤٦٢-٤٦٣.

[2] المنقول: الأصل فيه النقل، لكن لو ركب دابة غيره، أو جلس على فراش غيره ،و لم ينقله ففـــي كونـــه غاصباً ضامناً وجهان :

أصحُّهما نعم سواء قصد الاستيلاء أم لا ؟

قال المتولي وهذا إذا كان المالك غائباً أما إذا كان حاضراً فإن أزعجه وجلس على الفراش، أو لم يزعجـــه وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه فيضمنه قطعاً.الروضة ٨/٥.

[٦]مســـــألــة

قال: (وَلَو بَاعَهَا الْغَاصِبُ فَأَوْلَدَهَا الْمُشْتَرِي،ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا الْمَغْصُوبُ [١] أَخَذَ [٢] مِنَ الْمُشْتَرِي مَهْرَهَا [٣] إلى آخر الفصل).

وهذا كما قال.

وذكر الشَّافعيّ في هذه الجملة مسألتين :-

إحداهما :إذا غصب جارية فباعها فأولدها المشتري وهي المسألة الأولى.

والثانية:إذا وطئها الغاصب و لم يبعها.

ونحن نذكر أولاً المسألة الثَّانية،ثم نرتِّب عليها الأولى [٤] .

فإذا غصب جارية ووطئها لم يخل حالها من أحد ثلاثة أحوال :

إمَّا أن يكونا جاهلين بتحريم الزنى ،أو عالمين/ بذلك ،أو كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً .

٥/ل/٢٣٦

فأمَّا إذا كانا جاهلين بذلك ،وهو أن يكونا قد نشيا في بادية نائية ،أو يكونا قريبي عهد بالإسلام فإنَّ الحدَّ لا يلزمهما؛لأنَّ ذلك شبهة فيه [٥] .

---

(١) كذا في المخطوط ،وفي مختصر المزني المطبوع والمراد(المغصوب منه).

(٢)أي المغصوب منه.

(٣) مختصر المزني ص١٢٨،وتمام المسألة فيه (وقيمتها إن كانت ميتة، وأخذها إن كانت حية وأخذ منه قيمة أولادها يوم سقطوا أحياء ولا يرجع عليه بقيمة من سقط ميتًا ويرجع المشتري على الغاصب بجميع ما ضمنه من قيمة الولد لأنه غره، ولا أرده بالمهر ؛لأنَّه كالشيء يتلفه فلا يرجع بغرمه على غيره، وإذا كان الغاصب هو الذي أولدها أخذها وما نقصها ومهر مثلها وجميع ولدها وقيمة من كان منهم ميتاً وعليه الحد إن لم يأت بشبهة).

(٤)وكذلك صنع الماوردي في الحاوي؛وذلك كما قال رحمه الله (لأنَّها مقدمة لوطء المشتري) (١٥٢/٧)

(٥) انظر/الحاوي ١٥٣/٧،والوسيط٤١٨/٣،تحفة المحتاج ٢٥٣/٢.

وقد قال النَّبي ﷺ (ادرأوا الحدود بالشبهات).[1]

ويجب عليه المهر ؛لأنَّ الحدَّ إذا سقط عن الواطئ للشبهة لزمه المهر.[2]

---

(١)قال الزيلعي : غريب بهذا اللفظ،وذكر أنّه في الخلافيات للبيهقي عن علي ،وفي مسند أبي حنيفة .(نصب الراية ٣/٣٣٣).

وهو في مسند أبي حنيفة عن مقسم عن ابن عباس .(صـ ١٨٦).

والذي رأيته في مختصر خلافيات البيهقي بلفظ(ادرأوا الحدود ما استطعتم عن المسلمين ،فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ،فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة).(مختصر الخلافيات ٤/٤٣١).

قال ابن كثير في تحفة الطالب : (قوله :قالوا ادرأوا الحدود بالشبهات) لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ وأقرب شيء إليه ما رواه الترمذي عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)قال وروي موقوفاً وهو أصح)ص٢٢٦-٢٢٧.

وقد أخرجه الترمذي في كتاب الحدود،باب ما جاء في درء الحدود٤/٣٣برقم (١٤٢٤)

والدارقطني في كتاب الديات والحدود وغيره ٣/٨٤،والبيهقي في السنن الكبرى ٨/٢٣٨.

والحاكم في المستدرك ٤/٣٨٤،وصححه و لم يوافقه الذهبي.

وهو ضعيف ؛لأنَّ مدارة على يزيد بن أبي زياد وهو متروك الحديث .

وأمَّا حديث عليّ أنّه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول (ادرأوا الحدود) .

فقد أخرجه الدار قطني في كتاب الديات والحدود وغيره٣/٨٤.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات٨/٢٣٨.

وهو ضعيف لأنَّ فيه المختار بن نافع قال البخاري :وهو منكر الحديث.انظر:السنن الكبرى للبيهقي٨/٢٣٨، ونصب الراية ٣/٣٣٣،وإرواء الغليل٨/٢٥.

قال ابن حجر في التلخيص: (وأصحُّ ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبدالله بن مسعود ،قال : ادرأوا الحدود بالشبهات ،ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم). (تلخيص الحبير ٤/١٠٥).

انظر/ نصب الراية ٣/٣٠٩، المقاصد الحسنة ص ٥٠-٥١، إرواء الغليل٨/٢٥.

(٢) انظر/ الحاوي ٧/١٥٣،الوسيط٣/٤١٨.

إذا ثبت أنَّ المهر يلزمه فإن كانت ثَيِّباً [1] لم يلزمه إلا المهر،وإن كانت بكراً[2] لزمه أرش الإفتضاض [3] ومهر البكر ؛لأنَّ أرش البَكَارة ينفرد عن المهر ؛[4] ألا ترى أنَّه إذا افتضَّها بإصبعه لزمه أرش البكارة ؟،وإن لم يطأها ،فلم يدخل أرش البكارة في المهر [5]،ويجب عليه أجرة مثل منافعها في المدة التي أمسكها. [6]

هذا إذا لم يُحْبِلْهَا [7]،فإن أحبلها فالحكم في الحدِّ والمهر على ما ذكرنا. [8]

---

(١)الثَّيِّب:هي الموطوءة،وقد ثَيَّبت بفتح الثاء،قال أهل اللغة يقع الثَّيِّبُ على الرجل والمرأة.(تحرير ألفاظ التنبيه ٢٥١)

(٢) البكر:العذراء الباقية على حالها الأولى ،وصاحبة البكارة، والجمع :أبكار والمصدرُ البَكارة بالفتح.(تحرير ألفاظ التنبيه .٢٥١)

(٣)الإفتضاض:من الفَضّ يقال :فَضَضْتُ الشيءَ أَفُضُّه فَضّاً، فهو مَفْضُوضٌ و فَضِيضٌ: كسرتُه وفرَّقْتُه، و فُضاضُه و فِضاضُه و فُضاضَتُه: ما تكسَّر منه؛ويقال (فضضت) الختم فضاً من باب قتل كسرته ،وفضضت البَكَارة أزلتها على التشبيه بالختم. انظر/ لسان العرب ٢٠٦/٧ المصباح المنير(١٨١)،والقاموس المحيط(٥٨٤) .

(٤)انظر/ فتح العزيز ٤٧٠/٥،الروضة ٥٩/٥.

(٥) وفي انفراد الأرش عن المهر وجهان :

أحدهما: يفرد أرش الإفتضاض عن المهر فيجب عليه مهر مثلها ثيباً،وأرش الإفتضاض.

والثاني: لا يفرد أرش الإفتضاض عن المهر فيجب عليه مهر مثلها بكراً.

والصحيح الأول ؛لوجوبهما بسببين مختلفين،وانفكاك كل واحد منهما عن الآخر.

انظر/ التهذيب ٤٦٩ ،فتح العزيز٤٧٠/٥،الروضة٥٩/٥،وتحفة المحتاج ٢٥٣/٢.

(٦) انظر/ بحر الذهب ٩/ل٢٢.

(٧)قال الأخفش يقال حَبِلتَ المرأة فهي حابل ،ونسوة حَبِلَة. قال ابن الأنباري وغيره الهاء في الحَبَلَة للمبالغة.واتفق أهل اللغة على أنَّ الحبل مختص بالآدميات ،وإنَّما يقال في غيرهن الحمل .يقال حبلت المرأة ولداً،وحبلت بولد،وحبلت من زوجها،وحملت الشاة والبقرة والناقة ونحوها ولايقال حبلت قال أبو عبيد لا يقال الشيء من الحيوان حبل إلا ما جاء في هذا الحديث أي حديث (نهى عن بيع حَبَل الحَبَلَة.(تهذيب الأسماء واللغات٢/١/٦١)

(٨) كما تقدم ص١٣٤-١٣٥.

وأمَّا الولد فهو حرٌّ ؛لأنّه اعتقد أنّه ملكها بالغصب، [1] ولا يجب عليه قيمته في الحلل ؛لأنَّ الحمل لا يمكن تقويمه ،فإذا انفصل حيَّاً لزمته قيمته؛لأنّه أولى أحوال التقويم . [2]

وإن انفصل ميتاً لم يجب عليه قيمته ؛لأنَّ الحرَّ لا تثبت عليه اليد، فلا يمكن تضمينه ضمان اليد كذلك ولاضمان الجناية ؛لأنَّ انفصاله لم يكن لجناية. [3]

فأمَّا إذا ضرب بطنها فأسقطت الجنين ميتاً كان على الضارب غُرَّة [4] عبدٌ أو أمة؛لأنَّه جنينٌ حرٌّ،ويكون موروثاً عنه للأب ولاشي للأمة؛ لأنَّها مملوكة[5] .

وأمَّا المغصوب منه فإنَّ له عشر قيمة أُمِّه ،[6]وهو بدل الجنين إن كان من حقه ،أو يكون رقيقاً له،ولو كان رقيقاً فانفصل بجناية وجب على الضارب عشر قيمة أمه غير أنَّ الغاصب أتلف عليه رقَّه باعتقاده فثبت حريته فكان له الغرة لأجل حريته،وكان له على الغاصب عشر قيمة أمه لما أتلفه عليه من رقه وافتراق الجناية إلى ذلك ،فإنَّ كان عشر قيمة الأم مثل قيمة الغُرَّة أخذها السيد، [7] وإن كان أكثر رجع بالزيادة

---

(١) انظر/ الحاوي ١٥٣/٧،بحر المذهب ٩/ل٢٢،ونهاية المحتاج٥/١٩٠.

(٢) انظر المراجع السابقة،والوسيط٣/٤١٩.

(٣)وهو المشهور في المذهب،وفي وجه أنّه يلزمه القيمة؛لأنَّ الظاهر الحياة.

انظر/ فتح العزيز ٥/٤٧٣،والروضة ٥/٦٢ .

- ولو انفصل حياً حياة غير مستقرة،ثمَّ مات وجب ضمانه في أصحّ الوجهين.

انظر/ نهاية المحتاج ٥/١٩٠.

(٤) الغرة: اسم للعبد و اسم للأمة.(تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢/٥٨).

وهي تساوي خمس من الإبل.انظر/ التنبيه صـ٢٢٤،والمنهاج المطبوع مع السراج صـ٥١٠.

(٥) انظر/ الحاوي ١٥٣/٧،بحر المذهب ٩/ل٢٢،فتح العزيز ٥/٤٧٣.

(٦)أي أم الجنين ،وهي الأمة المغصوبة.

(٧) انظر/ الحاوي ١٥٣/٧،بحر المذهب ٩/ل٢٢.

على الغاصب ،[1] وإن كان أقل أخذ مقدار عشر قيمة أُمِّه وكان الباقي لوارث الجنين وهو أبوه.[2]

هذا إذا كانا جاهلين.

فأمَّا إذا كانا عالمين بتحريم الزِّنى نُظِر:

فإنْ أكره المرأة على ذلك كان عليه الحدُّ ولا حدَّ عليها، [3] ويجب الحدُّ على ما ذكرناه. [4]

وإن لم يكرهها على ذلك فعليها أيضاً الحدُّ. [5]

وأمَّا المهر فالذي نصَّ عليه الشَّافعيّ أنَّه لا مهر لها ؛[6] **لنهي النَّبيّ ﷺ (عن مهر البَغِيّ** [7]) وهذه بَغِيٌّ.

ومن أصحابنا من قال: يجب المهر ولا يسقط بمطاوعتها[8] ؛/لأنَّه حق لسيِّدها دونها فلم يؤثِّر في ذلك رضاها؛ألا ترى أنَّها إذا أذنت له في قطع طرف من أطرافها فقطعه وجب الأرش ،ويفارق الحرَّة؛لأنَّ المهر حقٌّ لها فإذا أذنت له في ذلك ورضيت به

٥/١/٢٣٦ب

(١) وهو الأظهر.

والثاني:أنَّه لا يضمن إلا قدر غرة العبد.

انظر/ فتح العزيز ٤٧٤/٥،الروضة ٦٢/٥.

(٢)انظر/ بحر المذهب ٩/ل٢٢،فتح العزيز ٤٧٣/٥.

(٣) انظر/ الاصطلام٤/١١١،فتح العزيز ٤٧١/٥/الروضة ٦٠/٥.

- ويجب المهر انظر المراجع السابقة.

(٤) في صفحة ١٣٥.

(٥) انظر/ بحر المذهب ٩/ل٢٢،ومغني المحتاج ٢٩٣/٢-٢٩٤.

(٦) الأم٢٨٢/٣-٢٨٣ وهو الصحيح المنصوص،وقيل: على المشهور .الروضة ٦٠/٥.

(٧)أخرجه عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه.

البخاري في كتاب البيوع باب ثمن الكلب ٤٩٧/٤ برقم(٢٢٣٧).

ومسلم في كتاب المساقاة باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن،ومهر البغي١٠/١٩٥برقم(١٥٦٧)

-ومهر البغي ما تأخذه الزانية على الزنى.(فتح الباري٤/٤٩٨)

(٨) وهو قول أبي العباس ابن سريج انظر/ الحاوي ١٥٢/٧،بحر المذهب ٩/ل٢٢

والمذهب الأول،انظر/ التهذيب للبغوي صـ٤٦٩.

أسقطت حقَّها؛ألا ترى أنَّها إذا أذنت في قطع طرف من أطرافها لم يكن لها الأرش؟. [1]

وأمَّا أرش البكارة إن كانت بكراً ،فإنَّها تجب بكل حال سواء أكرهها،أو طاوعته؛لأنَّ ذلك بدل جزء من بدنها أتلفه بالجناية فهو كما لو قطع طرفاً من أطرافها،ولو قطع طرفاً منها وجب الأرش كان ذلك برضاها أو لم يكن، فكذلك هاهنا.[2]

هذا إذا لم يُحْبِلْها .

فأمَّا إذا أحبلها فالكلام في الحدِّ والمهر على ما ذكرنا .[3]

وأمَّا الولد فهو رقيق ولا يلحقه نسبه ؛لأنَّ ولد الزنى لا يلحق نسبه بالزاني.[4]

فإن انفصل حيّاً ردَّه وردَّها، وعليه أجرة المثل ،والمهر ،وأرش البكارة، وأرش النقصان بالولادة .[5]

وإن انفصل ميتاً فظاهر قول الشَّافعيّ أنَّه يقوَّم عليه.[6]

---

(١) انظر/ الحاوي ١٥٢/٧،فتح العزيز ٤٧١/٥،ومغني المحتاج٢٩٤/٢.

(٢) قالوا : يجب الأرش إن كانت بكراً إذا قلنا: إنَّه يفرد عن المهر.

-وإن قلنا لا يفرد . ففي وجوب الزيادة على مهر مثلها وهي ثيب وجهان:

أحدها:لا يجب كما لو زنت الحرة طائعة وهي بكر.

الثاني: يجب كما لو أذنت في قطع طرف منها،وهو الذي قطع به المصنف وغيره.

انظر/ فتح العزيز ٤٧١/٥،الروضة ٦٠/٥،ومغني المحتاج٢٩٤/٢.

(٣) في صـ١٣٨.

(٤)انظر/الحاوي ١٥٢/٧، بحر المذهب ٩/ل٢٢، والمنهاج مع مغني المحتاج ٢٩٤/٢.

(٥) انظر/ الحاوي ١٥٢/٧،بحر المذهب ٩/ل٢٢

(٦)انظر/ الأم٢٨٢/٣.بحر المذهب ٩/ل ٢٢،البيان ٣٤/٧.

فمن أصحابنا من قال:[1] عليه ؛لأنَّه أنعقد رقيقاً، فكان في يد الغاصب ،فضمنه ضمان اليد [2] ،ويفارق إذا انفصل ميتاً وهو حرٌّ في القسم الأوَّل ؛لأنَّ الحرَّ لا تثبت عليه اليد فإذا لم يكن هناك جناية لم يجب الضَّمان. [3]

وقال أبو إسحاق: [4] لا يضمنه ؛لأنَّه لا يقوَّم إلا وقت الانفصال [5] ؛لأنَّه وقت الحيلولة بينه وبين المغصوب منه،ولا قيمة له في ذلك الوقت. [6]

هذا إذا كانت الأمة باقية .[7]

فأمَّا إذا ماتت وجب عليه أجرة المثل والولد على ماذكرنا [8] ،إن كان قد انفصل وعليه قيمتها ،ويدخل فيها أرش البكارة وأرش النقصان بالولادة ؛[9] لأنَّهما بدلان عن جزء من أجزاء بدنها فدخل بدل البعض في بدل الجملة.

(١) لعل هنا سقط وتقديره (ضمانه عليه) وهذا إذا كان بغير جناية جان ،قال الرافعي : (وإن انفصل ميتاً بجناية جان فبدله لسيده ،وإن انفصل ميتاً من غير جناية ففي وجوب الضَّمان على الغاصب وجهان).وذكر نحو ماهنا (فتح العزيز ٤٧٣/٥)ونحوه الروضة ٦١/٥،ومغني المحتاج ٢٩٤/٢.

(٢) هو ظاهر النص ،وبه قال الأنماطي،وأبي الطيب بن سلمة ،واختاره القفال .
انظر/ بحر المذهب ٩/ل٢٢،وحلية العلماء ٢٢٨/٥،البيان ٣٤/٧،فتح العزيز ٣٧٣/٥، الروضة ٦١/٥.

(٣) انظر/ بحر المذهب ٩/ل٢٣،البيان ٣٤/٧، مغني المحتاج٢٩٤/٢.

(٤)أبو إسحاق :هو إبراهيم بن أحمد بن إسحاق المروزي ،أخذ العلم على ابن سريج ،وانتهى إليه رئاسة المذهب ببغداد ،وأخذ عمه أبو زيد المروزي ،والقاضي أبو حامد ،وصنف كتاباً في السُّنة في عهد كافور، وشرح المختصر ،وفي آخر عمره انتقل إلى مصر وتوفي فيها سنة ٣٤٠ هـ.
انظر/ تأريخ بغداد ١١/٦،وفيات الأعيان ٢٦/١، العبر٢٥٢/٢.

(٥)وبه قال أبو علي بن أبي هريرة واختاره أبو محمد ،والإمام ،والبغوي قال الماوردي ((وهو الأصح)) (الحاوي ١٥٢/٧)وقال الرُّوياني : ((وهو الأقيس)) (بحر المذهب ٩/ل٢٢).
وانظر/ التهذيب ٤٧١ ،وحلية العلماء٢٢٨/٥، البيان ٣٤/٧،فتح العزيز ٤٧٣/٥،الروضة ٦١/٥.

(٦) أي وقت انفصاله ميتاً بغير جناية ،وإنَّما يضمن على تقدير أنَّه كان حيَّاً قبل ذلك وهذا لايعلم.
انظر/ البيان ٣٤/٧.
وانظر/ التهذيب ٤٧١ ،وحلية العلماء٢٢٨/٥، فتح العزيز ٤٧٣/٥،الروضة ٦١/٥.

(٧)انظر/ الحاوي ١٥٢/٧، وتحفة المحتاج٢٥٤/٢.

(٨) في ص ١٣٩.

(٩) انظر/ الأم٢٨٢/٢،التهذيب ص٤٧١.

مقابلة بدل ؛ولأنَّه دخل على أن لا يكون مضموناً عليه ،فإذا كان الأمر بخلافه كـان له الرجوع. [1]

وأمَّا ما اختلف القول فيه :فهو المهر إذا غَرِمَه ،فهل يرجع به على الغاصب ؟.

فيه قولان :

قال في القديم:يرجع به ؛ لأنَّه دخل على أن لايكون مضموناً عليه كقيمة الولد.[2].

وقال في الجديد:لا يرجع به؛لأنَّه أتلف منفعة البضع بفعله ؛ولأنَّه حصل له في مقابلـة ما غرم منفعة بالاستمتاع بها ،ويفارق قيمة الولد بهذا ؛لأنَّه ما أتلف رقَّه بفعلـه، ولا حصل له في مقابلة ذلك بدل ولا لذَّة .[3]

إذا ثبت هذا فما يَغْرَمُه الغاصب مما لو غَرِمَه المشتري لا يرجع به على الغاصب رجع به على المشتري.[4]

وما يَغْرَمُه الغاصب مما لو غَرِمَه المشتري رجع به عليـه ؛ فإنَّـه لا يرجـع علـى المشتري. [5]

---

(١)انظر/ الحاوي ٧/١٥٥،بحر المذهب ٩/ل٢٣،الوجيز١/٢١٤.

- وعن أبي إسحاق الإسفرايني طريقة أخرى ،وهي أن له الرجوع بقيمة الولد كالرجوع بالمهر الـذي فيه قولان:

وسيأتي بيانهما.

انظر/ فتح العزيز ٥/٤٧٨،الروضة ٥/٦٤.

(٢) انظر/بحر المذهب ٩/ل٢٣،فتح العزيز ٥/٤٧٧.

(٣)انظر/ الأم٣/٢٨٢،وكتاب اختلاف العراقيين مطبوع مع الأم٧/١٦٣،الحاوي ٧/١٥٥،فتـح العزيـز ٥/٤٧٧ ،الروضة ٥/٦٤،ومغني المحتاج٢/٢٩٥.

(٤) كقيمة الجارية إذا تلفت في يد المشتري.

(٥)كقيمة الولد .

انظر/ بحر المذهب ٩/٢٤،فتح العزيز ٥/٤٧٩،المنهاج مع مغني المحتاج ٥/٤٧٩.

وأمَّا ما يلزم المشتري من أجرة منافع ذهبت في يده ،وأرش أجزاء تلفت في يده فإن للمغصوب منه أن يطالب الغاصب به ؛لأنَّها مضمونة عليه وهي في يد المشتري؛لأنَّ الضَّمان لا يزول عنه بتسليمها إلى المشتري،وإنَّما يزول عنه بتسليمها إلى صاحبها أو وكيله. [١]

إذا ثبت هذا فإذا رجع المغصوب منه على المشتري بشيء ففيه ثلاث مسائل:- [٢]
مسألة يرجع فيها قولاً واحداً،ومسألة لا يرجع فيها قولاً واحداً ،ومسألة اختلف القول فيها في الرجوع .

فأمَّا مالا يرجع به قولاً واحداً :فهو قيمة الجارية إن تلفت في يده [٣] ،وأرش أجزائها التي نقصت مثل أرش البكارة، [٤] وأرش النقصان بالولادة،وما أشبه ذلك [٥] ،وإنَّما لم يرجع به ؛لأنَّه دخل على أنْ تكون مضمونة عليه بالبدل،وما دخل فيه على أن يكون مضموناً عليه،فإنَّه لايرجع به إذا غَرِمَه وله أن يسترجع الثمن من الغاصب. [٦]

وأمَّا ما يرجع به قولاً واحداً :فهو قيمة الولد ؛لأنَّه يَغْرَمُها ويرجع بها على الغاصب ؛لأنَّه ما أتلف رقَّه ،وإنَّما حصلت الحُرِّيَّة بالشرع دون إعتاقه ؛ولأنَّه لم يحصل في

---

(١) وللمغصوب منه أن يطالب المشتري ؛لأنَّ كل من الغاصب والمشتري ضامناً باليد .
انظر/ الأم٣/٢٨٢،الحاوي ٧/١٥٤،بحر المذهب ٩/ل٢٣.

(٢) وهذا إذا كان المشتري غير عالم بأنَّها مغصوبة .الحاوي ٧/١٥٥.

(٣) أي في يد المشتري فيضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف .
انظر/ الأم٣/٢٨٢،فتح العزيز ٥/٤٧٦،الروضة ٥/٦٣.

(٤) بياض في المخطوط بقدر كلمة.

(٥)أرش نقصان الولادة قطع العراقيون بأنَّه يرجع به ،وهو المذهب.
وقيل فيه وجهان،بناء على الخلاف في النقصان الحاصل بسائر الآفات السماوية ،الذي فيه قولان:
أحدهما:أنَّه لا يرجع على الغاصب بضمانه .
والثاني:أنَّه يرجع به.
انظر/ الحاوي ٧/١٥٥فتح العزيز ٥/٤٧٧،الروضة ٥/٦٤،حاشية الشربيني على تحفة المحتاج٧/٣٧٢.

(٦) انظر/ الحاوي ٧/١٥٥،بحر المذهب ٩/ل٢٢،وتحفة المحتاج٢/٢٥٤.

فأمَّا إذا كان أحدهما جاهلاً والآخر عالماً.

فإن كان الرجل عالماً والمرأة جاهلة ،فلا حدَّ عليها، ويجب المهر وباقي الأحكام على ماذكرنا إذا كانا عالمين.[1]

وإن كان الرجل جاهلاً والمرأة عالمة وجب الحدُّ عليها ،والحكم على ماذكرنا من تفصيل المطاوعة والاستكراه ،وباقي الأحكام على ماذكرنا إذا كانا جاهلين،[2] والله الموفق للصَّواب .

قد مضى [3] الكلام في الغاصب إذا وطئ الجارية و لم يبعها .

فأمَّا إذا باعها ووطئها المشتري: [4] فالحكم فيها يلزمه بما حدث في يده كالحكم فيما يلزم الغاصب بما يحدث في يده فصلاً بفصل [5] إلا في شيء واحد وهو أن المشتري إذا وطئها وادعى أنَّه ما علم /أنَّها مغصوبة فإنَّ ذلك يقبل منه، والغاصب إذا ادعى أنَّه ما علم أنَّ وطء المغصوبة حرام على الغاصب فإنَّه لا يقبل منه ،إلا أن يكون ناشئاً في بادية نائية ،أو قريب العهد بالإسلام ؛لأنَّ ما ادَّعاه المشتري مثله يخفى ،ومثل ما ادَّعاه الغاصب لا يخفى .[6]

1/ه

إذا ثبت هذا :فما يحدث في يد الغاصب من ذهاب المنافع ونقصان الأجزاء فإنَّ ما يلزمه من الأجرة والأرش يختص به فيطالب به ولا يطالب المشتري بشيء من ذلك؛لأنَّ ذلك حدث في يد الغاصب وهي مضمونة عليه ،و لم يدخل بعد في ضمان المشتري، ومالم يدخل في ضمانه فإنَّه لا يطالب بضمان أجزائه ومنافعه.[7]

---

(١) تقدم في صفحة ١٣٨.

(٢) تقدم في صفحة١٣٤.

(٣) بدءاً من صــ١٣٤.

(٤)هذه المسألة الثانية ،وهي الأولى في كلام المزني في رأس المسألة (٤٦).

وقد رأى الشارح تقديم مسألة غاصب الجارية إذا وطئها على مسألة مشتريها منه إذا وطئها ؛لمناسبة ترتيب مسألة المشتري على مسألة الغاصب .

(٥) كما تقدم في صفحة ١٣٤ وما بعدها.

(٦) انظر/ بحر المذهب ٩/ل٢٣، الروضة ٥/٦٠،ومغني المحتاج٢/٢٦٤.

(٧) انظر/ الحاوي ٧/١٥٤،بحر المذهب ٩/ل٢٣.

[٧] مســــألــة

٥/١/.٢٣٧

قال الشّافعيّ:(**فَإِنْ كَانَ ثَوْبَاً فَأَبْلاهُ الْمُشْتَرِي أَخَذَهُ مِنْ الْمُشْتَرِي وَمَابَيْنَ /قِيمَتِــــهِ صَحِيحَاً يَوْمَ غصَبَهُ وَبَيْنَ قِيمَتِهِ وَقَدْ أَبْلاهُ ،وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ بِـالثَّمَنِ الَّذِي دُفِعَ إليه** [١]). [٢]

وهذا كما قال إذا غصب ثوباً **ففيه مسألتان:**

إحداهما:أن يستعمله هو ولا يبيعه .

والثانية:أن يبيعه .

فأمَّا إذا استعمله و لم يبعه فلا يخلو من أحد ثلاثة أحوال: [٣]

إمَّا أن يمسكه مدَّة لمثلها أجرة و لم ينقص شيئاً ،أونقص منه شيء و لم يمسكه مــــدة لمثلها أجرة ،أو أمسكه مدة لمثلها أجرة وأبلاه.

فأمَّا القسم الأول :فإنَّه لايلزمه قيمته ويلزمه أجرة المنفعة. [٤]

وأمَّا القسم الثاني : فإنَّه لايلزمه قيمة إلا أرش مانقص، [٥] وذلـــك مثــل الثّــوب الشاهجاني ينشره ،فإنَّه ينقص بالنشر،ومثل السرب يقطع سوده . [٦]

وأمَّا القسم الثّالث: وهو إذا اجتمع الأمران فقد أختلف فيه أصحابنا.

فمنهم من قال:يلزمه أكثر الأمرين من أرش النقصان بالبلى ،أو أجرة المنفعة، فيدخـل الأقلُّ في الأكثر،كما لو غصب عبداً فقطع يده ،فإنَّه يجب عليه أكثر الأمرين، وإنَّمـا

---

(١)قوله(إليه) ليست في مختصر المزني المطبوع(١٢٨).

(٢) مختصر المزني(١٢٨).

(٣)ذكر الماوردي في الحاوي (١٥٧/٧)،والرُّوياني في بحر المذهب(٩/ل٢٥) قسماً رابعاً وهو أن لا يبلى في يده ولا تمضي عليه مدة يكون لها أجرة فهذا يرد الثوب ،ولاشيء عليه سواه.

(٤) انظر/ الحاوي ١٥٧/٧،بحر المذهب ٩/ل٢٥، حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج ٣٤٢/٧.

(٥) انظر/ المراجع السابقة.

(٦)قوله (السرب يقطع سوده) لم يتضح لي معناها.

كان كذلك ؛لأنَّ ذلك قد حصل بسبب واحد وهو الاستعمال ولايلزمه بالسبب الواحد بدلان. [1]

ومنهم من قال :يجب عليه الأمران جميعاً ؛لأنَّ السببين قد وجدا [2] ،فهو كمن غصب جارية صانعة ،فاستخدمها فنسيت الصنعة في تلك المدة ،فإنَّه يجب عليه أجرة المثل ،وأرش مانقصت قيمتها بنسيان الصنعة فكذلك ،هذا ،وهذا ظاهر المذهب ؛[3] لأنَّ الشَّافعيّ نص عليه في كتاب السِّير فقال : إذا أخذ بعض الغانمين غنماً من المغنم فذبحها ،واتخذ من جلودها نعالاً [4] ودلاءً [5]ودَرَقاً [6] وردَّها في المغنم ردَّ أجرة المثل ،وأرش ما نقصت قيمتها. [7]

فأمَّا إذا باع الثوب فالحكم فيه ،كما إذا باع الجارية المغصوبة على مارتبناه فلا معنى لإعادته . [8]

وقد نقل المزني كلمة توهم أنَّ المشتري مطالب بأرش البلى الذي حدث في يد الغاصب ؛لأنَّه قال: (فإن كان ثوباً فأبلاه المشتري أخذه من المشتري ومابين قيمته صحيحاً يوم غصبه ،وبين قيمته وقد أبلاه ،ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن الذي دفع إليه) [9]

---

(١) انظر/ المهذب٢/٢٠٠،الحاوي ٧/١٥٧،بحر المذهب ٩/ل٢٥،البيان ٧/٣٠،ومغني المحتاج٢/٢٨٦.

(٢)انظر/ المراجع السابقة.

(٣)قال الرُّوياني في بحر المذهب (وهو الأصح والمذهب)٩/ل٢٥.

وانظر/البيان ٧/٣٠، والمنهاج مع مغني المحتاج٢/٢٨٦.،و الغاية القصوى في دراية الفتوى ١/٥٧٣.

(٤) النعل :الحذاء ومؤنثه وتصغيرها نعيلة ،تقول نَعَلْتُ وانْتَعَلْتُ ،إذا احتَذَيْتَ.(الصحاح ٥/١٨٣١).

(٥)الدَّلو:هي التي يستقى بها وجمعها في القلة(أَدْلٍ)وفي الكثرة(دِلَاءٌ)ودُ لِيٌّ)كفُعُول.(مختار الصحاح صـ٢٠٩-٢١٠)

(٦)الدَرَقَة : الجحفة والجمع دَرَقٌ.(الصحاح٤/١٤٧٣)

(٧)انظر/ الأم٤/٣٧٥.

(٨) في صفحة ١٣٤.

(٩) انظر رأس هذه المسألة صـ(١٤٤).

واختلف أصحابنا في ذلك:-

فمنهم من قال:أراد بقوله يوم غصبه قبضه فعبَّر بالغصب عن القبض ؛لأنَّهما في معنى واحد من حيث أنّه لايجوز له القبض كما لايجوز له الغصب [1] .

ومنهم من قال :المسألة مفروضة فيه إذا غصبه وباعه في الحال وقبضه المشتري من غير أن يحدث فيه نقص إلا تلبيس المشتري، فيكون وقت القبض وقت الغصب. [2]

ومنهم من قال :وهو الصحيح :أنَّ المزني اختصر الألفاظ ،فحذف لفظاً منها فأشكل ذلك [3]؛لأنَّ الشَّافعيّ ذكر هذه المسألة في الأم فقال: (أخذه من المشتري وله مابين قيمته صحيحاً وبين قيمته/ وقد أبلاه)[4] فجعل للمغصوب منه ذلك و لم يعيِّن من يلزمهِ ذلك، فحذف المزني لفظة((له)) فصار ذلك معطوفاً على ما تقدم فأشكل، [5] والله أعلم بالصَّواب.

٥/ل/٢٣٨

(١) انظر/ بحر المذهب ٩/ل٢٦.

(٢)انظر/ الحاوي ٧/١٥٧، بحر المذهب ٩/ل٢٦.

(٣) وممن قال بهذا أبو حامد. بحر المذهب ٩/ل٢٦.

(٤) ونص ما في الأم ((أخذه وكان له مابين قيمته يوم اغتصبه،وبين قيمته التي نقصه إيَّاها اللبس)) (الأم ٣/٢٨٤)

(٥) انظر/ بحر المذهب ٩/٢٦.

[٨]مســـــألـــة

قال الشَّافعيّ :(**وَلا[١] أَنْظُرُ فِي الْقِيمَةِ إِلَى تَغَيُّرِ الأَسْوَاقِ ،وَإِنَّمَا أَنْظُرُ إِلَى تَغَـــيُّرِ الأَبْدَان**).

وهذا كما قال.

إذا غصب شيئاً قيمته مائة درهم ،فزادت قيمته فصارت مائتين ،ثم نقصت فصـــارت مائة ،أو أقلّ، والعين باقية بحالها ،فإنَّه يردّها ،ولا يطالب بما نقص مـــن القيمـــة، [٢]

وهو قول الفقهاء . [٣]

وقال أبو ثور :[٤] له مطالبته بما نقص.[٥]

واحتجَّ بشيئين:

أحدهما :أنَّ هذه زيادة يضمنها عند تلف العين، فجاز أن يضمنـــها عنـــد بقائـــها كالسِّمن. [٦]

ولأنَّه إنَّما ضمن السَّمن ؛لأنَّه كان مأموراً بزيادة العين بالسِّمن حال السِّمن، فإذا لم يردَّ حتى ذهب لزمه ضمانه ،وهذا المعنى موجود في زيادة السوق. [٧]

---

(١) في مختصر المطبوع ((ولست))صــ١٢٨.

(٢) انظر/الأم٣/٢٨٤.

(٣)وبه قال الحنفية والمالكية والشَّافعيّة والحنابلة.

انظـــر/ تحفـــة الفقـــهاء٣/٩١،حاشـــية رد المحتـــار٥/١٣٢،والمدونـــة٤/٣٤٢؛عقـــــد الجواهـــــر الثمينة٢/٧٥١،والوجيز١/٢١٠،ونهاية المحتاج٥/١٨٢،والكافي لابن قدامة٢/٣٨٩،ومعونة أولي النهى شرح المنتهى٥/٢٨.

(٤)أبو ثور:هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي،أبو ثور ،البغدادي ،الفقيه ،وقيل كنيته أبو عبـد الله وأبو ثور لقب له،ولد في حدود سنة سبعين ومائة ،وسمع من سفيان بن عيينة، وعبيدة بن حميد وأبي معاوية الضرير ووكيع بن الجراح وابن علية ويزيد بن هارون ،عبدالله الشَّافعيّ وطبقتهم ، حدث عنه أبـــو داود ،وابن ماجة ،وقاسم بن زكريا المطرز ،وأحمد بن الحسن. توفي سنة ٢٤٠.

انظر/ طبقات الشَّافعيّة للسبكي ١/١١٨، سير أعلام النبلاء١٢/٧٢-٧٣، تأريخ بغداد٦/٦٥.

(٥) انظر/ الحاوي٧/١٥٨،بحر المذهب ٩/ل٢٦،المغني٧/ ٣٨٤، وفتح العزيز٥/٤٣٦.

(٦) انظر/ الحاوي ٧/١٥٩،المغني٧/٣٨٤.

(٧)انظر/ الحاوي ٧/١٥٩.

ودليلنا :أنّه ردّ العين المغصوبة من غير نقصان عين ولا أثر،أومن غير نقصان جزء ولا صفة، فوجب أن لايلزمه ضمان أرش ؛ الدليل عليه إذا لم تزد القيمة و لم تنقص ،وأيضاً فإنّه لو غصبه ماله مثلٌ وتلف في يده ضمنه بالمثل ،ويردُّه وإن كان قيمته أنقص مما كان قيمة العين المغصوبة ،فأولى أن يردّ العين في مسألتنا من غير أن يضمن أرش النقصان ؛لأنّ هناك يرد بدل العين المتلفة ،وهاهنا يرد العين المغصوبة كما أخذها .[1]

فأمّا الجواب عن دليله الأوّل :فهو أنّه لايجوز اعتبار حالة البقاء بحالة التلف ؛لأنّ عندنا يجب الرجوع إلى التقويم ،ثم لم يلزمه أرش مانقص في السوق من سعره ،ثم المعنى في الأصل أنّه نقصان عين وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّه يردّها كما أخذها من غير نقصان ولا أثر ؛لأنّ اختلاف السعر لا تعلق العين بالعين المغصوبة [2] ،وإنّما ذلك على حسب اختلاف الحال في الرغبة والطلب والنَّفَاق [3]والكساد. [4]

ولأنّ زيادة العين ملك للمغصوب منه ،وأمّا زيادة السوق فليست بملك للمغصوب منه ،فما ذهب بشيء مما كان يملكه فلهذا لم يضمنه. [5]

فأمّا الجواب عن دليله الثّاني :فهو أنّ ضمان السّمن إنّما يلزمه ؛لأنّه ملكه ،فكان مأموراً بردّه فلم يردّه حتى ذهب ،وليس كذلك زيادة السعر في السوق ؛لأنّه ليس ملك؛ فلهذا لم يضمنها إذا ذهبت .[6]

---

(١)انظر/ الحاوي ١٥٩/٧،بحر المذهب ٩/ل٢٧،المغني٣٨٤/٧.

(٢) كذا في المخطوط ولعل صوابه (لا يتعلق بالعين المغصوبة).

(٣)النَّفَاق: الرواج يقال نَفَقَ البيع نَفَاقاً،كسَحَاب ،راج،ونفق السوق،قامَتْ.
انظر/ القاموس المحيط صـ٨٣٣، والمصباح المنير صـ٢٣٦.

(٤) الكَساد: خِلافُ النَّفاقِ ونقِيضُه، والفعل يَكْسُدُ وسُوق كاسدة ١ : بائرة. و كَسَدَ الشيءُ كَساداً، فهو كاسِد و كَسِيدٌ، وسِلعة كاسدة. و كَسُدَتِ السوقُ تَكْسُد كَساداً: لم تَنْفُقْ، وسوقٌ كاسدٌ، بلا هاء. لسان العرب ٣٨٠/٣، انظر/ الصحاح ٥٣١/٢.

(٥)انظر/ الحاوي ١٥٩/٧،بحر المذهب ٩/ل٢٦،فتح العزيز ٤٣٦/٥.

(٦)انظر/ المراجع السابقة.

فـــــرع

إذا غصب ثوباً فشقَّه نصفين ،وكان ذلك مما يزيد في /قيمة الثَّـــوب ،ثم إنَّ أحـــد النِّصفين تلف ،فإنَّه يردُّ الباقي ،ويَغْرَم نصف قيمة الجميع ،فيقوَّم جميع الثَّـــوب ،أو يقوَّم النصف التالف ،فَيغْرَمَ ذلك ويردُّ الباقي، ولاشيء عليه غيره .

وإن كان ينقص بالقطع ،فإنَّه يَغْرَم نصف قيمة الثَّوب بدلاً عن النصف التالف ،ويـردُّ الباقي وأرش مانقص بالقطع ،فإن كان جميع قيمة الثَّوب عشرين درهماً ردَّ عشـــــرة بدل التالف ،ونظر في قيمة الباقي ،فإن كان تسعة ردَّ درهماً ،وإنَّما كان كذلك ؛لأنَّه نقص بفعل يتعلَّق بالعين المغصوبة وهو قطعه إيَّاه .[1]

(١)انظر هذا الفرع في بحر المذهب ٩/ل٢٧،والتهذيب ٤/ ٣٠٠،البيان ٢٨/٧

فـــرع

إذا غصب عصيراً فصار في يده خمراً [1] ،ثم تخلّلت الخمر فصارت في يده خلاً [2]،فالمذهب الصحيح أنّه يردُّ الخلَّ ،فإن كان قيمته خلّاً أنقص من قيمته عصيراً ردَّ الخلَّ وغَرِم له أرش ما نقص من قيمة العصير؛لأنَّ ذلك نقصان تتغير الصفة المتعلّقة بالعين. [3]

ومن أصحابنا من خرَّج في ذلك وجهاً آخر فقال: يردُّ الخلَّ على كل حال، ويردُّ مثل العصير [4] كما قلنا: على أحد الوجهين في السِّمن إذا ذهب ثم عاد ،أنّه يردُّ الجارية بسِمَنها الثّاني وأرش السِّمن الأوّل [5] ،وكما قلنا: على أحد القولين في السِّن المقلوعة إذا خرج مكانها سنٌّ آخر،والمذهب على ما ذكرناه. [6]

(1)الخمر:مؤنثة في اللغة الفصيحة المشهورة ،وسميت خمراً ؛لأنّها تخامر العقل ،أي تخالطه.
وأمّا في الاصطلاح:فالخمر كلُّ شراب مسكر سواء أكان عصيراً ،أم نقيعاً مطبوخاً كان أم نيئاً. (تهذيب الأسماء واللغات٢/١/ ٩٨-٩٩.
وقال في المصباح :هي اسم لكل مسكر خامر العقل.(صـ٦٩)وهذا أولى ؛لأنّه يشمل المسكر سواء كان شراباً أو غيره .

(٢)الخلُّ :مفرد والجمع خلول ،مثل فَلْس وفُلُوس سمي بذلك ؛لأنّه اختل منه طعم الحلاوة ،يقال اختلَّ الشيء إذا تغيَّر واضطرب (المصباح المنير صـ٦٩) انظر القاموس المحيط ٨٩٤.

(٣)انظر/ المهذب ٢٠٢/٢، الوسيط ٤٠٨/٣،البيان ٤٢/٧، فتح العزيز ٤٥٢/٥،الروضة ٤٤/٥،المنهاج مع مغني المحتاج٢٩١/٢.

(٤)انظر المراجع السابقة.
-وينبني على هذين الوجهين وجهان في الخلّ:
أحدهما :أنّه للغاصب.
وأصحهما:أنّه للمغصوب منه ؛لأنّه فرع ملكه.
انظر/ الوسيط٤٠٨/٣،فتح العزيز ٤٥٢/٥،الروضة ٤٥/٥.

(٥)تقدم في صفحة(١١٧)

(٦)تقدم في صفحة(١١٧)

ويفارق السِّنَّ الخارجة ؛لأنَّها غير المقلوعة ،وكذلك أجزاء السِّمن الثاني غير أجـــزاء السِّمن الأول ،فاحتمل قولاً آخر ،وأمَّا في مسألتنا فالعين كما كانت غير أنَّ صفتــها تغيَّرت ،وتغيُّر الصفة لا يجعلها عيناً أخرى.

[٩] مســـــألــة

قال: (**وَلَوْ اسْتَكْرَهَ أَمَةً ،أَوْ حُرَّةً فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ** [١]).

وهذا كما قال .

إذا أكره امرأة، فزنى بها لزمه الحدُّ والمهر لها. [٢]

وقال أبو حنيفة :لامهر لها. [٣]

واحتجَّ من نصره بما روي **عن النبي ﷺ (أنَّه نهى عن مهر البَغْي)**[٤]

والبَغْي الزنى.[٥]

ولأنَّه وطء يتعلَّق به وجوب الحدِّ ،فلم يتعلَّق به وجوب المهر كما لو طاوعته .

ولأنَّ الحدَّ من حقوق الأبدان ويسقط بالشبهة ،والمهر من حقوق الأموال ولايسـقط بالشبهة، فلم يجتمعا بسبب واحد كالقصاص والدِّية .[٦]

ودليلنا :قوله ﷺ **(فلها المهر بما استحلَّ من فرجها)**.[٧]

---

(١) انظر/مختصر المزني صـ١٢٨.

(٢) انظر/ الأم٣/٢٨٣،الحاوي ٧/١٦٣،بحر المذهب ٩/ل٢٨،الاصطلام٤/١١١.

(٣)وعليه الحد .

انظر/ المبسوط ٩/٥٢-٥٣، بدائع الصنائع٥/٥٣٢،كنز الدقائق مع البحر٥/٢٠.

(٤)تقدم تخريجه في صـ١٣٨.

(٥) قال العيني : (والبَغِيُّ:بفتح الباء الموحدة وكسر الغين المعجمة وتشديد الياء ،وقال ابن التين نُقل عـن أبي الحسن أنَّه قال بإسكان الغين وتخفيف الياء ،وهو الزنى ،وكذلك البِغاء بكسر الباء ممدوداً قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ ﴾ [النور:٣٣]يقال بغت المرأة تبغي بغاء...) عمدة القاري١٢/٥٨.

(٦)انظر/ المبسوط ٩/٥٣.

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح باب في الولي ٢/٢٢٩.برقم (٢٠٨٣).

وأخرجه الترمذي في كتاب النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ٣/٤٠٧. برقم(١١٠٢)

وأخرجه ابن ماجة في كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي ١/٦٠٥. برقم (١٨٧٩)

والدارمي في سننه ٢/١٨٥،والطبراني في المعجم الأوسط ١/٢٦٨.

قال ابن الجوزي في التحقيق : (هذا الحديث صحيح ،ورجاله رجال الصحيح)٢/٢٥٥.

وقد صحح الحديث ابن عبد البر في الاستذكار (١٦/٣١). والألباني في الإرواء (٦/٢٤٣).

و انظر/ تلخيص الحبير ٣/١٥٦-١٥٧، خلاصة البدر المنير ٢/١٨٧.

وهذا عامٌّ. [1]

فإن قيل: المستحلُّ هو المعتقد إباحة الشيء المحرَّم ،وهذا الزاني معتقد لتحريم ما يفعل ،وهو مُقْدِمٌ عليه مع ذلك فلا يتناوله اللفظ.

فالجواب :أنَّ هذه اللفظة تستعمل في الحالين استعمالاً واحداً [2] ،يقال استحلَّ فلان مال فلان إذا أخذه بغير حقٍّ. [3]

ومن جهة المعنى/ أنّه وطء في غير ملك يسقط الحدَّ عن الموطوءة ،[4] فإذا كان الواطيء ممن يجب الضَّمان عليه لها لزمه مهرها ؛أصله إذا وطئها بشبهة أو زُفَّت [5] إليه غير امرأته فوطئها فإنَّ المهر يجب لها [6] ،ولايدخل عليه الحربي ؛ لأنَّه لايلزمه الضَّمان لها ؛لأنَّه لو قتلها لم يجب عليه ضمانها، ولايلزم عليه إذا استدخلت المرأة فرج الرجل النائم؛لأنَّ العبارة تقتضي أن يكون الواطئ غير الموطوءة ،لا قلنا فإذا كان الواطئ ممن تجب عليه الضَّمان لها ،والمرأة في تلك المسألة واطئة موطوءة ،كما إذا قتلت نفسها فإنَّها قاتلة مقتولة. [7]

وأيضاً فإنَّ ما ضمن بالإتلاف بالعقد الفاسد جاز أن يضمن بمجرد الإتلاف كالا عيان. [8]

---

(١)العام:لفظ يستغرق جميع ما يصلح له بوضع واحد .(شرح المنهاج للبيضاوي ١/٣٥١.) وانظر/ اللمع/٦٩.

(٢)انظر/ الحاوي ٧/١٦٣..

(٣)قال في الصحاح (استحل الشيء ،أي عده حلالاً.)٥/١٦١

(٤) انظر/ الحاوي ٧/١٦٤.

(٥)زُفَّت العروس إلى زوجها زَفًّا وزِفافاً وهو إهداؤها إليه .المصباح المنير ص٩٦،القاموس المحيط ص٧٣٤.

(٦) انظر/ بدائع الصنائع ٢/٦٥١-٦٥٢.

(٧) انظر/ الحاوي ٧/١٦٤

(٨)انظر/ الاصطلام ٤/١١١،البيان ٧/٧٤.

وأيضاً فإنَّا نُدلُّ على اجتماع الحقَّين، المهر والحدّ، فنقول :إنَّهما حقّان لمستحِقّين يجوز وجود كلّ واحد منهما على الانفراد، فجاز اجتماعهما بفعل واحد، [1] كجزاء الصيد والقيمة، [2] وكقيمة العبد والكفارة. [3]

فأمَّا الجواب عن الخبر[4] :فهو أنَّ المحفوظ البَغِيّ بالتشديد وهي الزانية [5] كما قال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا ﴾ [6] وهذه ليست زانية وعلى أنَّ هذا الواطىء [7] ليس بزنى في حقّها [8] ،فلم يكن فيه حجه .

وأمَّا الجواب عن قياسهم على المطاوعة فهو: أنَّ المعنى فيها أنَّها رضيت بإسقاط حقها والمكرهة خلافها ،[9] أو المعنى في ذلك أنَّ الوطء يجب عليها به الحدّ، وفي مسألتنا لا يجب الحدّ عليها بهذا الوطء.

وأمَّا الجواب عن دليلهم الأخير: [10] فهو أنَّه يبطل بالمسلم إذا شرب خمر نصراني ،فإنَّه يجب عليه الحدُّ وقيمة الخمر على مذهبكم ، وكذلك إذا زنى رجل بامرأة ابنه

---

(١)انظر/ بحر المذهب ٩/ل٢٨،والاصطلام٤/١١١.

(٢) انظر/ البناية في شرح الهداية٣/٧٢٨،والاختيار لتعليل المختار ١/١٦٥-١٦٦.

(٣)انظر/ مختصر الطحاوي صـ٢٤٣،وبدائع الصنائع ٦/٣٠٩_٣١١.

(٤)وهو نهيه ﷺ عن مهر البغي المتقدم في ص ١٥٢.

(٥)قال ابن حجر في الفتح (والبَغِيُّ بفتح الموحدة وكسر المعجمة وتشديد التحتانية،وهو فعيل بمعنى فاعلة وجمع البغي بغايا ،والبِغاء بكسر أوله الزنا والفجور ،وأصل البغاء الطلب غير أنَّه أكثر مايستعمل في الفساد) فتح الباري ٤/٤٩٨.

(٦)سورة مريم آية رقم(٢٨).

(٧) كذا في المخطوط :ولعل الصواب الوطء .

(٨) لأنَّها مكرهة .

(٩)انظر/ الحاوي ٧/١٦٤،الاصطلام٤/١١٣.

(١٠)وهو قولهم :(إنَّ الحدَّ من حقوق الأبدان ويسقط بالشبهة ،والمهر من حقوق الأموال ولايسقط بالشبهة ،فلم يجتمعا بسبب واحد كالقصاص والدية.

انظر/ المبسوط ١١/١٠١-١٠٢،وتحفة الفقهاء ٣/٩٥.

قبل أن يدخل بها الابن ،فإن النكاح ينفسخ ،ويلزمه نصف مهرها ،ويرجع على الأب بذلك ويلزمه ذلك. (١)

ثم المعنى في القصاص والدِّية :أنَّهما بدلان عن مبدل واحد ،فلم يجتمعا معاً بفعل واحد ،وفي مسألتنا بخلاف ذلك ؛لأنَّ الحدَّ حقٌّ لله تعالى ،والمهر حقٌّ لها ،فوجبا معاً(٢) والله أعلم.

---

(١)انظر/ رؤوس المسائل صـ٣٨٤.

(٢)انظر/ الاصطلام٤/١١٣.

[١٠] مسـألـة

قال : (وَفِي السَّرِقَةِ [١] حُكْمَان: أَحَدُهُمَا لِلَّهِ تَعَالَى، وَالآخَرُ لِلآدَمِيِّين، فَإِذَا قُطِعَ لِلَّهِ أُخِذَ مِنْهُ مَا سَرَقَ لِلآدَمِيِّين ،فَإِنْ لَمْ يُؤْخَذْ فَقِيمَتُهُ). [٢]

وهذا كما قال .

قد ذكرنا في كتاب السرقة أنَّ الغُرْم والقطع يجتمعان على السَّارق، [٣] خلافـاً لأبي حنيفة، [٤]واستقصينا ذلك فغنينا عن إعادته والله أعلم.

---

(١)السرقة :أخذ المال خُفية ظلماً من حرز مثله بشروط.مغني المحتاج ٤/١٥٨.

(٢)مختصر المزني صـ ١٢٨-١٢٩ وتمام المسألة فيه : (لأني لم أجد أحدًا ضمن مالاً بعينه بغصب، أو عدوان فيفوت إلا ضمن قيمته، ولا أجد في ذلك موسراً مخالفاً لمعسر. وفي المغتصبة حكمان: أحدهما لله، والآخر للمغتصبة بالمسيس الذي العوض منه المهر فأثبت ذلك، والحد على المغتصب، كما أثبت الحد والغرم على السارق)

(٣)انظر/ الحاوي ٧/١٦٥،بحر المذهب ٩/ل٢٨-٢٩،والمهذب ٣/٣٦٥.

(٤)والمذهب عند الحنفية ،أنّه إذا قطعت يد السارق ردّ المال المسروق إن وجده بعينه فإن لم يجده بعينه فلاضمان على السارق.

انظر/ المبسوط ٩/١٥٦، بدائع الصنائع ٦/٣٦.

[١١]مســـــألـــة

قال الشّافعيّ : (وَإِنْ [١] غَصَبَ أَرْضاً فَغَرَسَهَا قَالَ رَسُولُ ﷺ:((لَيْـــسَ لِعِـــرْقٍ [٢] ظَالِمٍ حَقٌّ))[٣]فَعَلَيْهِ أَنْ يَقْلَعَهُ،[٤] وَيَرُدَّ مَانَقَصتِ الأَرْضُ).

وهذا كما قال .

إذا غصب أرضاً فغرس فيها غرساً لزمه قلعه. [٥]

---

(١)في المطبوع (ولو غصب) مختصر المزني صـــ١٢٩.

(٢)قال ابن الأثير : هو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرساً غصباً ؛ليســتوجب به الأرض.

والرواية (لِعْرقٍ) بالتنوين ،وهو على حذف المضاف :أي لذي عِرْقٍ ظالمٍ ،فجعل العِرْقَ نفسه ظالماً ،والحقَّ لصاحبه ،أو يكون الظالم من صفة صاحب العِرْق.

وإن روى(عِرْقِ)بالإضافة فيكون الظالم صاحب العرق ،والحقُّ للعِرْق، وهو أحد عروق الشجرة.(النهايــة في غريب الحديث والأثر ٢١٩/٣) انظر/ فتح الباري ٢٤/٥.

قال الحافظ في التلخيص : (تنبيه قوله لعرقٍ ظالمٍ) هو بالتنوين وبه جزم الأزهري وابن فـــارس وغيرهمـــا وغلط الخطابي من رواه بالإضافة)٥٤/٣.

(٣)أخرجه أبو داود في كتاب الخراج والأمارة والفئ باب إحياء الموات ١٧٨/٣ برقم(٣٠٧٣).

وأخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما ذكر في إحياء الموات ٦٦٢/٣ برقم (١٣٧٨).

والبيهقي في السنن الكبرى ٩٩/٦

كلهم من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه.

قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب .وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة،عن أبيه ،عن النبي ﷺ مرسلاً.

وأوْرده البخاري معلقاً في كتاب الحرث والمزارعة باب من أحيا أرضاً مواتاً، ورأى ذلك علـــي في أرض الخـــراب بالكوفة مواتاً وقال عمر من أحيا أرضاً ميتة فهي له ،ويروى عن عمرو ابن عوف عن النبي صلى الله عليه وســـلم، وقال في غير حق مسلم (وليس لعرق ظالم فيه حق)٢٤/٥.

قال ابن حجر :وفي أسانيدها مقال ،لكن يتقوى بعضها ببعض.(الفتح ٢٤/٥).

وقال الألباني :صحيح وقد روي عن سعيد بن زيد وعائشة ورجل من الصحابة وسمرة بن جنـــدب وعبـــادة بـــن الصامت وغيرهم.(الإرواء ٣٥٣/٥).

و انظر/ كشف الخفاء ٢٢٣/٢،علل الدار قطني ٤١٤/٤-٤١٥. الدراية في تخريج أحاديث الهدايـة٢٠١/٢-٢٠٢، خلاصة البدر المنير ٩٨/٢-٩٩.

(٤)في المطبوع (يقلع غرسه) مختصر المزني صـــ١٢٩.

(٥)انظر/ الأم٢٨٥/٣، الحاوي١٦٦/٧، فتح العزيز ٤٥٥/٥.

والدليل عليه قوله ﷺ :((ليس لعرق ظالمٍ حقٌّ)).

وروي أنَّ رجلاً غصب أرضاً فغرس فيها ،فرفع ذلك إلى النبي ﷺ((فأمر بقلع النخيل)).

قال الراوي: [1] لقد رأيتها والفؤوس تعمل في أصولها ،وإنَّها لنخل عُمٌّ. [2]

ولأنَّه شغل ملكَ غيره بغير إذنٍ يملكه الذي لا حرمة له في نفسه ،فلزمه تفريغه، كما لو غصب داراً وترك فيها قماشاً. [3]

وقولنا :(يملكه الذي لاحرمة له في نفسه) احتراز من الخيط يغصبه، فيخيط به جرح عبده ،ثم تلتئم الجراح ،فإنَّه لايجب عليه ردُّه إلى صاحبه. [4]

---

[1] والراوي هو رجل من أصحاب النبي ﷺ ولعله أبو سعيد الخدري كما سيأتي في تخريج الحديث.

(٢)أخرجه أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في إحياء الموات ١٧٨/٣ برقم(٣٠٧٤).
والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الغصب باب ليس لعرق ظالم حق ٩٩/٦.
وفي رواية لأبي داود (فقال رجل من أصحاب النبي ﷺ وأكثر ظني أنَّه أبو سعيد الخدري:فأنا رأيت الرجل يضرب في أصول النخل ١٧٨/٣ برقم(٣٠٧٥) انظر/ السنن الكبرى للبيهقي ٩٩/٦-١٠٠.
قال ابن حجر في بلوغ المرام:(رواه أبو داود ،وإسناده حسن).صـ(١٨٨)
قال الألباني في الإرواء:(وهذا إسناد رجاله ثقات ،لولا أنَّ ابن إسحاق مدلس وقد عنعنه).
- وقول الراوي : (وإنَّها لنخل عُمٌّ) أي تامة في طولها والتفافها .
انظر/ غريب الحديث لابن سلام ٢٩٦/١،والنهاية في غريب الحديث ٣٠١/٣،غريب الحديث لابن الجوزي ١٦/٢.

[3] انظر/ البيان ٥٠/٧.

(٤) وينتقل إلى القيمة، انظر/ المهذب ٢٠٥/٢،والوسيط ٤١٥/٣،وسيأتي مزيد تفصيل لهذه المسألة .

إذا ثبت هذا :فإذا قلعها لزمه تسوية الأرض ،وأرش مانقصت بذلـــــك ،والأجـــرة مثلها [1] .

قال القاضي: [2] أوجب الشَّافعيّ على الغاصب تسوية الأرض كما كانت فـلقتضى ذلك أنَّه إذا هدم حائطاً لغيره لزمه بناؤه وردُه كما كان .

وأصحابنا يقولون :أنَّه لا يلزمه ردُّ البناء،وإنَّما يلزمه ما بين قيمته قائماً وبين قمتـــــه مهدوماً.[3]

(١)قال الرافعي: (قالوا :النص فيما نحن فيه أن يجب أرش النقص الحاصل بالحفر ،ولم يوجب التسوية ؛لأنَّه نص على ذلك فيما إذا غرس في الأرض المغصوبة ،ثم قلع بطلب المالك ،وإذا باع أرضاً فقلعها،ونقلها نص أنَّه يلزمه تسوية الأرض ،واختلفوا فيها على طريقين :

أحدهما :أنَّ في الصورتين قولين بالنقل والتخريج .

أحدهما:أنَّ الواجب في الموضعين أرش النقصان .

القوْل الثاني: أنَّ الواجب التسوية لتعود الأرض إلى ما كانت ، ومهما أمكن التضمين بالمثل لا يصـــار إلى التضمين بالقيمة...

الطريق الثاني :تقرير النصين ،وفرقوا بأنَّ الغاصب متعد فغلظ عليه الأمر بإيجاب الأرش لكن لا متانة لهـــذا الفرق ......)انتهى مختصراً.(فتح العزيز٥/٤٤٧)و انظر/الودائع لمنصوص الشرائع ص٤٦٨ البيان ٧/٥١.

- والمذهب ما ذكره المصنف .

انظر/الودائع لمنصوص الشرائع ص٤٦٨ ،الروضة ٥/٤٠-٤١.

(٢)وهو المصنف رحمه الله.

(٣) وممن قال هذا أبو العباس بن سريج . الودائع لمنصوص الشرائع ص٤٦٨.قال الســـــيوطي : (إذا هـــدم الحائط لزمه إعادته لاقيمته ،كما هو مقتضى كلام الرافعي وأجاب به النووي في فتاويـــــه ،ونقلـــه عــن النص.(الأشباه والنظائر صـــ٤٤٤).

فـــــصــــل

العَقَار [1] -عندنا- يضمن بالغصب [2].

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف:[3] لايضمن بالغصب ولا يتأتى فيه الغصب. [4]

واحتجَّ من نصرهما :

بأنَّ أكثر ما فيه أن يحول بينه وبين صاحبه ولا يمكنه من دخوله وسكناه ،وذلـــك لا يكون غصباً ،ولا يوجب الضَّمان ،كما لو أمسك صاحب العقار و لم يَحلَّـــه حـــتى يدخل عقاره.[5]

ولأنَّ الغصب إنَّما يكون بالقبض والنقل والتحويل ؛ألا ترى أنَّه إذا قعد على عِـــدْل مطروح ،أو مشى على جذع لم يصر غاصباً له؟ وكذلك إذا وضع يده على ثـــوب غيره و لم ينقله ،فإنَّه لا يكون غاصباً كذلك في مسألتنا. [6]

---

(١) العقار يطلق على الأرض والبناء والشجر.تحرير ألفاظ التنبيه صـ١٩٧،ومغني المحتاج٢/٧١.

(٢)انظر/ الأم٣/٢٨٥،الحاوي ٧/١٦٦-١٦٧،المهذب٢/٢٠٣،بحر المذهب ٩/ل٣٠.

(٣)أبو يوسف هو القاضي يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي ،ولد سنة ١١٣،حدَّث عـــن هشام بن عروة وأبي حنيفة ،ولزمه وتفقه عليه وكان من أعلم تلاميذه ،وحدث عنه يحيى بن معين ،وأحمـد بن حنبل وله مصنفات عدة منها :أدب القاضي ،والخراج ،والأمالي . توفي سنة ١٨٢.
انظر/ الجواهر المضيه في طبقات الحنفية ٣/٦١١،سير أعلام النبـــلاء ٨/٥٣٥-٥٣٨،وفيـات الأعيـان ٦/٣٧٨-٣٩٠،والفوائد البهية صـــ٢٢٥.

(٤)المذهب عند الحنفية أنَّه يضمن مانقص من العقار بفعله أو من سكناه ،وإن نقص مـــن غـير عملـه فلاضمان .

انظر/ المبسوط ١١/٧٣،تكملة فتح القدير٩/٣٢٥،الاختيار ٢/٦٠.

-وذهب محمد بن الحسن أنَّه يتأتى الغصب في العقار،ويضمن. وهو القول الأول لأبي يوســـف ،وعليـه الفتوى في الوقف دون غيره من العقار.

انظر/ الجامع الصغير لمحمد بن الحسن صـــ٤٦٦،مختصر القدوري صـــ٦١، المبسوط ١١/٧٣،بدائع الصنائع ٦/١٣٦،ورؤس المسائل صـــ ٣٥٤، واللباب في شرح الكتاب ٢/١٨٩.

(٥)انظر/ تكملة شرح فتح القدير ٩/٣٢٤-٣٢٥،ورؤس المسائل صـــ٣٥٥.

(٦)انظر/ المبسوط ١١/٧٤،اللباب في شرح الكتاب ٢/١٨٩

وأيضاً فإنَّ الغاصب إذا باع المال المغصوب، فإن كان المشتري تسلَّمه كان للمغصوب منه الرجوع على أيّهما شاء ،وإن لم يتسلَّمه لم يكن له أن يرجع إلا على الغاصب ،فثبت أنَّ الغصب بالنقل والتَّحويل والدَّار لايمكن نقلها ، فلم يصحَّ غصبها. [1]

ودليلنا :

ما روي عن النبي ﷺ قال: (**من غصب شبراً من أرض طُوِّقه من سبع أرضين**).[2] وعن أبي حنيفة لا يصحُّ غصب الأرض .

فإن قيل:ليس كلامنا في الغصب ،وإنَّما كلامنا في وجوب الضَّمان ،وليس في الخبر [3] ذكر الضَّمان .[4]

فالجواب أنَّ الضَّمان تابع للغصب ،وإذا ثبت أنَّ الغصب يتأتي في الأرض تعلَّق الضَّمان به ؛لأنَّ أحداً لا يفرق بين الأمرين ،فمن أثبت اسم الغصب في الأرض أثبت الضَّمان ،ومن نفى اسم الغصب فيها نفى الضَّمان، [5]فإذا ثبت أحدهما بلفظ الخبر ثبت الآخر بالإجماع .

ويدلُّ عليه ماروي: أنَّ رجلاً [6] من حضرموت،[7] وآخر[8]من كنده[9]اختصما إلى رسول اللهﷺ في أرض فقال الحضرميُّ: أرضي غصبنيها أبو هذا وهي في يده .

---

(١)انظر/ المرجعين السابقين.

(٢)تقدم تخريجه صـــ٨٩.

(٣)وهو قوله ﷺ (من غصب شبراً من أرض طوِّقه من سبع أرضين)

(٤)انظر/ المبسوط ١١/٧٤، الاختيار لتعليل المختار ٢/٦٠.

(٥)انظر/الحاوي ٧/١٦٧.

(٦)وهو ربيعه بن عِبْدان .(صحيح مسلم ٢/١٣٧).

(٧)حَضْرَمَوت:بالفتح ثم السكون ،وفتح الراء والميم ،اسمان مركبان ،وحضرموت ناحية واسعة في شرقي عدن بقرب البحر ،وحولها رمال كثيرة تعرف بالأحقاف وبها قبر هود عليه السلام. (معجم البلدان ٢/٣١١).

(٨)وهو امرؤ القيس بن عابس الكندي وخصمه ربيعة بن عِبْدان .(صحيح مسلم ٢/١٣٧).

(٩)كِندة بالكسر :قبيلة مشهورة من اليمن (الأنساب للسمعاني ٥/١٤٠،ومعجم البلدان٤/٥٤٨)

وقال الكندي :أرضي وفي يدي،فقال :النبي ﷺ للحضرمي (**شاهداك أو يمينه**).

فقال :إنّه فاجر لا يتورّع في يمينه ،فقال النبي ﷺ (**ليس لك منه إلا ذلك**) [٣]

وهذا نصٌّ.

ويدلُّ عليه من جهة المعنى أنَّ ما ضمن بالقبض جاز أن يضمن بالغصب ،أصله ماينقل ويحول .

وأيضاً فإنَّ كلَّ معنى ضمن ما ينقل ويحول جاز أن يضمن مالا ينقل ،وأصله القبض في البيع [٤] .

فإن قيل:فرق بين القبض في البيع وبين الغصب؛[٥] ألا ترى أنه إذا باع منه داراً ،ثم سلّم إليه مفتاحها وخلّى بينه وبينها انتقل الضَّمان إليه بذلك؟ ،ولو أخذ رجل مفتاح دار رجل غصباً لم تصر الدار مغصوبة بذلك ؟

فالجواب :أنَّ القصد بهذا أن يجمع بينهما في وجوب الضَّمان في الجملة ،وإن كانا يختلفان في كيفية الضَّمان ؛ألا ترى أنّهم يقولون : إذا خلّى بين المشتري وبين المبيع الذي ينتقل انتقل الضَّمان إليه ،ولايصير ضامناً لها بالغصب بمثل ذلك حتى ينقله

---

(١)وهو امرؤ القيس بن عابس الكندي وخصمه ربيعة بن عِبْدان .(صحيح مسلم ١٣٧/٢).

(٢)كِندة بالكسر :قبيلة مشهورة من اليمن (الأنساب للسمعاني ١٤٠/٥،ومعجم البلدان٥٤٨/٤)

(٣)أخرجه مسلم عن علقمة بن وائل عن أبيه جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي: يا رسول الله إنَّ هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي ،فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي (ألك بينة؟) قال: لا، قال : (فلك يمينه) قال يا رسول الله: إنَّ الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء .فقال: (ليس لك منه إلا ذلك)فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر: (أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض)في كتاب الإيمان ،باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنّار١٣٧/٢ برقم(١٣٩)

(٤)انظر/ الحاوي ١٣٥/٧-١٣٦،بحر المذهب ٩/ل٣٠.

(٥) انظر/ المبسوط ٧٥/١١-٧٦.

ويحوله؟ ،فسَّووا بينهما في الضَّمان وفرَّقوا بينهما في كيفيِّته، [1] فكذلك نحن نجمع بينهما في وجوب الضَّمان في الجملة، وإن كانا يختلفان في الكيفية.

وأيضاً فإنَّه استولى على مال غيره غاية الاستيلاء على مثله بغير حقٍّ ،فصار ضامناً له كما لو كان ينتقل فنقله وحوله .[2]

فأمَّا الجواب عن دليلهم الأول :فهو أنَّ الغصب أكثر من إمساك صاحب الدار وحبسه ،وهو ثبوت اليد مع ذلك ؛لأنَّ الغاصب للدَّار تثبت يده عليها ؛[3] ألا ترى أنَّ الغاصب للدَّار إذا خاصم المغصوب منه فيها و لم يعرف الحاكم حقيقة الحال جعل القول قول الغاصب لثبوت يده عليها؟ ،ثم فرق بين أن يمسك صاحب الدار ويحبسه وبين أن يغصب الدار ؛ ألا ترى أنَّه فرق بين أن يمسك صاحب الثوب ويحبسه وبين أن يغصب الثوب فكذلك في مسألتنا مثله .

فأمَّا الجواب عن قولهم :إنَّ الغصب بالنقل .

فهو أنَّه يبطل عليهم بالمُودَع إذا جحد الوديعة ،فإنَّه يصير ضامناً لها وإن كان لم ينقلها.[4]

ثم المعنى في المواضع التي ذكروها: [5] أنَّه ما استولى على المال غاية الاستيلاء على مثله ،وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّه استولى على الدار غاية الاستيلاء على مثلها بالتعدِّي ؛فلهذا ضمنها، فوزان ذلك ما ينقل ويحول أن ينقله ويحوله.

---

[1] انظر/المرجع السابق.

[2] انظر/الإشراف على مذاهب أهل العلم٢/٥٢٥.

[3] انظر/الاصطلام ٤/١١٧.

[4] انظر /المبسوط ١١/٦،طريقة الخلاف في الفقه صـ ٢٥٨،تكملة فتح القدير٩/٣٢٤.

[5] وهي قولهم: إذا قعد على عدل مطروح ،أو مشى على جذع ، وإذا وضع يده على ثوب غيره و لم ينقله.كما تقدم ص ١٦٠.

[١٢] مســـــألـــة

قال : (ولَو حَفرَ [فِيْهَا] [١] بِئْراً فَأَرَادَ الْغَاصِبُ ،دَفْنَهَا فَذَلِكَ لَهُ، [٢] نَفَعَهُ ،أَوْ لَـمْ يَنْفَعهُ).[٣]

وهذا كما قال.

إذا غصب أرضاً فحفر فيها بئراً كان للمغصوب منه أن يطالبه بطمِّها ؛ [٤] [٥]لأنَّ الأرض تستضرُّ بذلك الحفر، فكان له مطالبته بإزالة الضرر الذي حدث بفعله ،ولأنَّه نقل ملكه عن ملكه ،فكان عليه ردُّه ،كما لو نقل طعاماً عن داره إلى دار أخرى فإن له مطالبته بردِّه إلى موضعه ،فكذلك هذا ؛لأنَّ التراب الذي أخرجه ملكه،والمحل ملكه. [٦] /

٥/ل/٢٣٩ب

إذا ثبت هذا فإذا سوَّى البئر وطمَّها كان عليه أجرة مثل الأرض إلى أن يفرغ من التسوية ،وأرش ما نقصت الأرض إن كانت نقصت بالحفر.[٧]

فإذا لم يطالب صاحب الأرض بالطَّم كان للغاصب طمُّ البئر إذا كان له غرض في ذلك ،مثل أن يكون قد وضع التراب في ملكه فيريد أن يفرغ ملكه ، أو يضع في الطريق فيخشى أن تعثر به بهيمة فيلزمه قيمتها إن تلفت ،أو آدميّ فيلزم عاقلته الدية إذا تلف ،أو يقع في البئر التي حفرها آدميّ ،أو بهيمة فيجب عليه الضَّمان عند التلف ،فإذا كان له غرض في مثل ذلك جاز له الطَّمُّ ،وإن لم يطالبه به المغصوب منه.[٨]

---

[١] كلمة ((فيها)): زيادة من المختصر المطبوع صـ١٢٩ .

[٢] في المطبوع (فله ذلك وإن لم ينفعه)صـ١٢٩.

[٣] مختصر المزني صـ١٢٩.

[٤]الطمُّ:هو الدُّفن يقال طممت البئر وغيرها بالتراب طمّاً من باب قتل ،ملأتها حتى استوت مع الأرض،وطمَّها التراب فعل بها ذلك.

انظر/ المصباح المنيرصـ١٤٣،والقاموس المحيط صـ ١٠٢٢.

[٥]انظر/ الأم ٢٨٥/٣،الحاوي٧/ ١٧١،والمهذب ٢٠٤/٢،البيان ٥٢/٧.

[٦] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٢،والمهذب ٢٠٤/٢،البيان ٥٢/٧.

[٧] انظر/ الحاوي ١٧١/٧،والتهذيب صـ٤٨٧.

[٨] انظر/ الحاوي ١٧١/٧،والمهذب ٢٠٤/٢،وحلية العلماء٥ /٢٣٥،البيان ٥٢/٧.

وإن كان قد وضع المغصوب في ملك المغصوب منه فأبرأه من ضمان الوقوع في البئر فهل يبرأ عن ذلك فلا يكون له الطَّمّ ،أو لا يبرأ عن ذلك فيكون له الطَّمّ؟.

فيه وجهان :-

قال أبو إسحاق:[1] يبرأ عن ذلك بإبرائه إيَّاه ،ويصير كأنَّه حفرها بإذنه ،ولو حفرها في ملكه بإذنه لم يجب عليه الضَّمان إذا وقعت فيها البهيمة وتلفت ،ولا على عاقلته إذا وقع فيها آدمي وتلف .[2]

وهذا كما قال إذا أذن له في قطع طرفه فقطعه، فلا ضمان عليه ،كما لو قطع طرفه من غير إذن ،ثم عفا عنه.

وقال غيره من أصحابنا :لا يبرأ بذلك ؛ [3] لأنَّه إبراء مما لم يجب عليه بعدُ،وإذا وجب لغيره فلا يصح إبراؤه منه . [4]

إذا ثبت هذا فمعنى قول الشَّافعيّ (**نفعه ،أو لم ينفعه**)يعني في الحال ؛ لأنَّ طمَّ البئر لا ينفع الغاصب في الحال ،[5] وإنَّما ينفعه فيما بعد ؛لأنَّه لا يلزمه ضمان الوقوع فيها بعد ذلك .

وقيل :أراد به المغصوب، [6]وأنَّ للغاصب طمَّ البئر ،نفع ذلك المغصوب منه أو لم ينفعه ،إذا كان للغاصب [7] فيه ضرر [8] على مابيَّناه .

---

[1] المروزي تقدمت ترجمته صـ١٤٠.

[2] وهو قول المزني وأبي علي بن أبي هريرة ،وصححه الشيخ أبو حامد ،وهو الأظهر .
انظر/ الحاوي ١٧١/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٢،وحلية العلماء ٢٣٥/٥،البيان ٥٣/٧،فتح العزيز ٤٤٧/٥-٤٤٨،ومغني المحتاج ٢٨٩/٢.

[3] انظر/ الحاوي ١٧١/٧،والتهذيب صـ٤٧٦.

[4] وأجيب عن هذا ،بأنَّ الإبراء عما لم يجب يصح إذا وجد سبب وجوبه وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو الحفر .(بحر المذهب ٩/ل ٣٢)

[5] لأنَّه ربما يتضرر الغاصب ويحتاج إلى نفقه وأعوان.

[6] أي المغصوب منه.

[7] لعلها (على الغاصب).

[8] انظر/ الأم ٢٨٥/٣، الحاوي ١٧٤/٧، بحر المذهب ٩/ل ٣٢.

[١٣] مسـألـة

قال :(وَكَذَلِكَ إِذَا [١] زَوَّقَ [٢] دَاراً كَانَ لَهُ).[٣]

فزَّوقها [٤] وَسَبْدجها [٥] كان لصاحب الدار مطالبته بترع التزويق والإسبيداج ؛لأنَّـه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه [٦] بغير حقٍّ [٧] ،فهو بمترلة أن يترك فيها قماشاً.

فإن قلعه و لم تنقص منها بالحل والقلع شيء وكان قيمتها بعد قلع ذلك كقيمتها قبل التزويق فلا شيء عليه غير أجرة المثل للمدَّة التي أمسكها في يده.[٨]

وإن نقصت قيمتها بالحل والقلع فعليه أرش ما نقصت بذلك .[٩]

---

[١] في المطبوع (لو).

[٢] قال الماوردي : (اختلف أصحابنا في تأويل قوله : (وكذلك لو زوّق داراً)فكان بعض المتقدمين منـهم يرويه وكذلك لو روّق ،بالراء غير المعجمة من الرِّواق ،ويجعل حكمه حكم البناء ،فيكون على مـامضى ،وذهب جمهورهم إلى أن الرواية :وكذلك لو زوّق بالزاي المعجمة من التزويق والزخرفة ؛لأنَّ الرِّواق مـن جملة البناء ،وقد ذكره من قبل).(الحاوي ٧/١٧١-١٧٢).

والتزويق :تزين الدار بالطِّين والجصِّ وغيرها ،وهذا مأخوذ من الزواق وهو الزئبق ،ويستعمل في تزيـين البناء(الزاهر صـ١٥٩).

[٣] وتمامها في المختصر (نزع التزويق حتى يردَّ ذلك بحاله)صـ١٢٩.

[٤] من هنا بداية كلام الشارح كما في المخطوط؛وكان من عادته أن يبدأ شرحه بقوله (وهذا كما قال..)

[٥] الإسبيداج: كربونات الرصاص ،وهو مادة بيضاء تستخدم في أعمـال الطـلاء . المعجـم الوسـيط ١/١٧.انظر/ الصحاح في اللغة والعلوم صـ٢١.

[٦] ليخرج ما إذا غصب خيطاً فخاط به جرح عبده والتأم،فإنَّه لا يطالب بنـزعه وإنَّما تجب القيمة كمـا سيأتي صـ٢١٨-٢١٩.

[٧] انظر/ الحاوي ٧/١٧٢،والتهذيب صـ٤٨٨،البيان ٧/٤٣.

[٨] انظر/ الحاوي ٧/١٧٢،بحر المذهب ٩/ل ٣٣،البيان ٧/٤٣.

[٩] انظر المرجعين السابقين ،و الروضة ٥/٤٧.

وإن لم يطالبه وأراد الغاصب قلع ذلك كان له ؛لأنَّه غير ملكه ولا فرق بين أن يكون له منفعة بقلعه،أو لا منفعة له فيه؛[1] وهو أن لا يكون له قيمة بعد قلعه؛لأنَّ ذلك عين ماله فله أخذه بكلِّ حال.

فإذا لم يُرِدْ [2] قلعه وتَرَكَه لصاحب الدَّار ،فهل يجبر صاحب الدار على قبول ذلك أم لا ؟

فيه وجهان :-

أحدها :يجبر على ذلك ،كما لو قصَّر الثَّوب المغصوب فإنَّه يجبر على قبول القصارة.[3]

والثَّاني: لا يجبر على ذلك ؛لأنَّها أعيان مميزة عن ملكه [4] ،والله أعلم./

ل/٥

---

[1] قال الرُّوياني: (قال بعض أصحابنا بخرسان إنَّما له نزعه إذا كان له غرض صحيح في نزعه مثل أن يعلم أنّه بنزعه يصل إلى شيء من أعيان ماله التي استنفقها في تزويقها ،أو كان في التزويق معاليق فيخشى انقطاعها وسقوطها على الناس ،ولحوق الضَّمان به كما يخشى في البئر ،فأمَّا إذا لم يكن له غرض صحيح ،وتيقن أنّه لايصل إلى عين ملكه ولا يأمن به من ضمان لا يمكن من إفساد ما زوّق)بحر المذهب ٩/ل ٣٣.

[2] أي الغاصب .

[3] انظر/ الحاوي ١٧٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٣،والتهذيب صـ٤٨٨، البيان ٤٤/٧،الروضة ٤٧/٥.

[4] وهو الأصح.

انظر/ التنبيه ص١١٥،مغني المحتاج ٢٩٢/٢،نهاية المحتاج ١٨٣/٥.

[١٤] مسألة

قال الشّافعيّ : (**وَكَذَلِكَ لَوْ نَقَلَ عَنْهَا تُرَاباً، كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا نَقَلَ عَنْهَا ،حَتَّى يُوَفِّيهُ إِيَّاهَا بِالْحَالِ الَّتِي أَخَذَهَا به** [١]).[٢]

وهذا كما قال.

إذا غصب أرضاً وكشط [٣] وجهها ،ونقل عنها التراب كان له أن يطالبه بردّه إلى محلّه، [٤] والحكم فيه كما ذكرنا في البئر إذا حفرها في الأرض المغصوبة .[٥]

فإذا ردّ التراب إلى موضعه كان له أن يطالبه ببسطه في الأرض ونشره في مواضع الكشط ،إلا أن يكون له غرض في ذلك مثل أن يكون هناك جُرْف [٦] يخاف أن تتلف فيه بهيمة ،أو آدميّ على ما بيّناه في البئر. [٧]

قال المزني : (**غَيْرُ هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ ؛**[٨] **لأَنَّهُ يَقُولُ لَوْ غَصَبَ غَزْلاً فَنَسَجَهُ ثَوْباً ،أَوْ نُقْرَةٍ فَطَبَعَهَا دَنَانِيرَ ،أَوْ طيناً فَضَرَبَهُ لَبِناً ،** [١] **فَهَذَا أَثَرٌ لا عَيْنٌ ،وَمَنْفَعَةٌ لِلْمَغْصُوب**

---

[١] كلمة (به)ليست في المختصر المطبوع صـ١٢٩.

[٢] مختصر المزني صـ١٢٩.

[٣] الكشط :رفعك شيئاً عن شيء قد غشاه ومنه قوله تعالى:﴿ وَإِذَا ٱلسَّمَآءُ كُشِطَتۡ ﴾ [التكوير:١] قلعت كما يقلع السقف.(القاموس المحيط صـ٦١٦).

[٤] إن كان باقياً،وإن كان قد استهلك فعليه ردُّ مثله إن كان للتراب مثل ،وإن لم يقدر على مثله ،ضمن القيمة وفيها وجهان:-

أحدهما:أن تقوم الأرض وعليها التراب الذي أخذ منها ثم تقوَّم بعد أخذه منها ،ويضمن الغاصب ما بين القيمتين.

والثاني :أنّه يضمن أكثر الأمرين من هذا ،ومن قيمة التراب بعد نقله عن الأرض.(الحاوي ١٧٣/٧) وانظر/نهاية المحتاج ١٧٧/٥.

[٥] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٣،ومغني المحتاج ٢٨٩/٢،ونهاية المحتاج ١٧٥/٥،البيان ٥٣/٧

[٦] الجرف:بضم الراء وبالسكون ،ما جرفته السيول وأكلته من الأرض.المصباح المنير ٣٨،ومختار الصحاح صـ١٠٠.

[٧] في ص ١٦٤.

[٨] أي بقول الشّافعيّ.

،ولاحقَّ للغَاصِبَ فِي ذَلِكَ ،فَكَذلِكَ نَقْلَ التُّرَاب مِنْ [2] الأَرْضِ وَالبِئْرِ إِذَا لَـمْ تُبْنَ بِطوب [3] أَثرٌ لاعَيْنٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلْمَغْصُوب ،وَلاحَقَّ لِلْغَاصب فِي ذَلِكَ ، [4] مَعْ أَنَّ هَذَا فَسَادٌ لِنَفَقَتِهِ وَإِتْعَابُ لِبَدَنِهِ [5] وَأَعْوَانِهِ بِمَا فِيهِ مَضَرَّةٌ عَلَى أَخِيهِ، وَلا مَنْفَعَةَ لَهُ فِيهِ). [6]

وهذا اعتراض على الشَّافعيّ في مسألة حفر البئر ؛[7] لأنَّ الشَّافعيّ ذكر فيها أنَّ للغاصب أن يطمَّها وإن لم يطالبه صاحبها بذلك ،فذكر المزني أنَّه ليس له ذلك كما ليس له في الثوب يقصِّره ،والنقرة يطبعها ،والفرق بينهما أنَّ له غرضاً صحيحاً في طمِّ البئر كما بيَّنّاه ،[8] ولا غرض له في سبك [9] المضروب من الدراهم ولو كان له في ذلك غرض جاز له ردَّه إلى ما كان عليه ،مثل أن يكون العيار [10] الذي ضرب أنقص من عيار السلطان ،فيخاف على نفسه من السلطان إن ظهر عليه.[11]

فثبت أنَّ الاعتبار بالغرض ،فمتى كان له غرض صحيح في ذلك كان له الردُّ إلى ما كان عليه ،وإن لم يطالبه المغصوب منه بذلك، وإذا لم يكن له غرض صحيح لم يكن له ذلك.[12]

---

[1] المذهب في هذا أنه متى رضي المالك بأخذ الغزل ثوباً منسوجاً والطين لبناً مضروباً،والنقرة دنانير مطبوعة فله ذلك ،وليس للغاصب نقض الغزل وتكسير اللبن وسبك الدنانير ،وليس له أيضاً أجرة العمل (الحاوي ١٧٤/٧)

[2] في المطبوع (عن)

[3] الطوب:الآجُرُّ بلغة أهل مصر ،واحدها طوبة ،وهي قبطية معربة (الزاهرصـ١٥٩)

[4] في المطبوع (ولا حق في ذلك للغاصب)

[5] في المطبوع (بدنه)

[6] مختصر المزني صـ١٢٩.

[7] المتقدمة في صـ١٦٤.

[8] كالسلامة من الضّمان في المستقبل ،انظر المسألة في صـ١٦٤-١٦٥.

[9] سبك الفضة وغيرها أذابها وبابه ضرب والفضة سبيكة وجمعها سبائك.(مختار الصحاح صـ٢٨٤)

[10] عيار الشيء ما جعل نظاماً له .(المصباح المنير صـ١٦٧).

[11] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٣.

[12] انظر/ الحاوي ١٧٤/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٣.

[١٥]مسـألـة

قال : (وَلَوْ [١] غَصَبَ جَارِيَةً فَهَلَكَتْ ،وَقَالَ :[٢] ثَمَنُهَا عَشَرَةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَـعَ يَمِينِهِ)[٣].

وهذا كما قال .

إذا غصب شيئاً فهلك ثم اختلفا في قيمته .

فقال المغصوب منه: قيمته عشرون .

وقال الغاصب :عشرة.

كان القول قول الغاصب .[٤]

لأنَّه هو الغارم، فلا يغرم إلا قدر ما اعترف به؛لأنَّ الأصل براءة ذمَّته ،[٥] كما لـو أدَّعى على رجلٍ مالاً وأنكر ذلك الرجل كان القول قوله مع يمينه ؛لأنَّ الأصل براءة ذمَّته عما يُدَّعى عليه [٦] كذلك هاهنا .

فإن قيل :فإذا أعتق أحد الشركين نصيبه وهو موسر وتلف العبد ،أو غاب فـاختلف الشريكان في قدر قيمة نصيب الشريك الذي لم يعتق ،فقال المعتق :عشرة .

وقال الآخر: عشرون قلتم إنَّ القول قول الذي يُعتِق .

---

[١] في المختصر المطبوع (وإن) ١٢٩.

[٢]في المختصر المطبوع (فقال) ١٢٩

[٣] مختصر المزني صـ١٢٩.

[٤]وذلك إذا لم يكن مع المغصوب منه بينة ،فإن أقام البينة على ما ادَّعاه حكم له بها .

انظر / الحاوي٧/ ١٧٦-١٧٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٤.البيان ٧/ ٩٠، مغني المحتاج ٢/ ٢٨٧.

قال العمراني في البيان : (قال الطبري :وإنَّما يقبل قول الغاصب مع يمينه إذا كان ما ذكره محتملاً ،فأما إذا كان ما ذكره مُحالاً ،مثل أن يقول :قيمة الجارية التي تلفت عندي درهم ،فلا يقبل قولُهُ ؛لأنَّـه يقطع بكذبه)٧/ ٩٠.

[٥] انظر /الحاوي ٧/ ١٧٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٤،مغني المحتاج ٢/ ٢٨٧.

[٦] انظر /البيان ٧/ ٩٠.

فالجواب : أنَّ أبا إسحاق [(١)] قال :إذا قلنا: إنَّ العتق يسري في الحال بنفس اللفظ [(٢)] كان القول قول المعتِق ؛لأنَّ حصَّة الذي لم يُعتِق في حكم التالفة،/فكان القول قول المُعتِق ؛لأنَّه الغارم . [(٣)]

/١٠١هـ

وإن قلنا :لايعتق في الحال وإنَّما يعتق بأداء القيمة كان القول قول الذي لم يُعتِق ؛لأنَّ ملكه ثابت عليه ،والمُعتِق يريد أن يزيل ملكه عنه بما يبذله، فلم يكن له ذلك إلا بما يقوله، [(٤)] وهذا يفارق مسألتنا ؛لأنَّ المال في مسألتنا تالف، وهذا الغارم بعد التلف، فكان القول قوله في ذلك .

فأمَّا إذا اختلفا في السَّلامة والعلَّة .

فقال الغاصب : كان به داء ،وقال المغصوب منه: كان سليماً لاداء به .

فمن أصحابنا من قال فيه قولان : [(٥)]

أحدهما: القول قول الغاصب ؛لأنَّ الأصل أن لازيادة عليه على مايعرف به فلا نغرِّمه إلا اليقين . [(٦)]

والقول الثَّاني : القول قول المغصوب منه ؛لأنَّ الأصل السَّلامة من العلَّة . [(٧)]

[(١)] وهو أبو إسحاق المروزي وقد تقدمت ترجمته في صـ١٤٧.

[(٢)] اختلف الشَّافعيّة في وقت سريان العتق في حصة الشَّريك على أقوال ثلاثة وقد تقدمت صـ١٠٩.

[(٣)] انظر /بحر المذهب ٩/ل ٣٤،قال الرافعي : (وهو الأصح) فتح العزيز ١٣/٣٢٩، وقال النووي: (أظهرهما : المعتق ؛لأنَّه غارم كالغاصب).(الروضة ١٢/١٢٢).

[(٤)] انظر المراجع السابقة.

[(٥)] وهذه الطريقة الأولى .البيان ٧/٩١.

[(٦)] انظر / بحر المذهب ٩/ل ٣٥،البيان ٧/٩١، وحلية العلماء ٥/٢٥٦.

[(٧)] انظر المراجع السابقة.

-وهو الأظهر إن ادَّعى الغاصب عيباً حادثاً كالسرقة،وأمَّا إن ادَّعى عيباً خَلْقِيّاً كالعرج ،فالمصدَّق الغاصب على الصحيح ؛لأنَّ الأصل العدم ويمكن المالك البينة.انظر / الروضة ٥/٢٨،ونحوه في فتح العزيز ٥/٤٣٤.

ومن أصحابنا من قال: القول قول المغصوب منه قولاً واحداً ؛[1] لأنَّ الأصل السلامة من العلّة .

وأمَّا إذا اختلفا في الصنعة: [2]

فادَّعى المغصوب منه أنَّه كان صانعاً ، وأنكر ذلك الغاصب كان القول قول الغاصب؛ [3] لأنَّ الأصل عدم الصنعة.[4]

---

[1] قال الرُّوياني :(وهذا الثاني ليس بشيء ،وقال القفال : إن كان خلق هكذا إلَّا أنَّه حدث بها فالقول قول الغاصب ،وإن قال :حدث قبل غصبي بها عوراً ونحوه ففيه قولان :-

أحدهما : القول قول الغاصب ؛ لأنَّ الأصل براءة الذمة .

والثاني القول قول المالك ؛لأنَّ الأصل أن لا حدوث ...) (بحر المذهب ٩/ل ٣٥)

وقيل فيه وجهان آخران :

١)تصديق المالك نظراً إلى غلبة السلامة .

٢) الفرق بين ما يندر من العيوب، وما لا يندر .انظر /فتح العزيز ٤٣٤/٥، الروضة ٢٨/٥.

[2] كأن يقول المغصوب منه عبدي كاتب أو حائك ونحوهما.

[3] وهو الصحيح .

وحكى العراقيون من الشَّافعيّة وجهاً:بأن القول قول المالك ؛لأنَّه أعرف بملكه .

انظر /البيان ٩٢/٧، فتح العزيز ٤٣٤/٥، الروضة ٢٨/٥.

[4] انظر /الحاوي ١٧٧/٧-١٧٨،بحر المذهب ٩/ل ٣٥.

فصل

إذا غصب طعاماً بمصر فصادفه بمكّة كان له مطالبته بقيمته[1] إن كان قيمته في الموضعين سواء .

وإن كان قيمته بمكة أكثر كان له مطالبته بقدر قيمته بمصر .[2]

فإذا أخذها ملكها ،ولم يملك الغاصب الطعام ،فإذا رجع إلى مصر تسلّم المغصوب منه الطعام ،وزال ملكه عن القيمة وردّها إلى الغاصب،[3] كما قلنا في قيمة العبد الآبق أنّه يردّها إذا رجع .[4]

---

[1] لو كان الطعام باقياً لم يلزمه نقله إليه ،وكان عليه أن يردّه إليه بمصر حيث غصبه إيّاه .

انظر / الحاوي ٧/١٨٠،فتح العزيز ٥/٤٢٤.

-وهل للمغصوب منه مطالبة الغاصب بالمثل حيث ظفر به ؟ فيه ثلاثة أوجه.

١) الصحيح الذي قطع به الأكثر ون :إن كان مما لا مؤنه لنقله كالدراهم والدنانير فله المطالبة بالمثل ،وإلا لم يكن له طلب المثل ،وليس للغارم تكليفه قبوله ؛لما فيه من الضرر .

٢) يطالبه بالمثل ،وإن لزمت مؤنه وزادت القيمة كما لو أتلف مثلياً في وقت الرخص ،له طلب المثل في الغلاء .

٣) إن كانت قيمة ذلك البلد لا تزيد على قيمة بلد التلف طالبه بالمثل ،وإلا فلا.

انظر /فتح العزيز ٥/٤٢٥، الروضة ٥/٢٢

[2] انظر/ الحاوي ٧/١٨٠،نهاية المحتاج٥/١٦١.

[3] انظر/ فتح العزيز ٥/٤٢٤، الروضة ٥/٢٢.

[4] وسيأتي مزيد تفصيل لهذه المسألة في صـ٢٤٥.

[١٦] مســـــألـــة

قال: (وَمَا [١] كَانَ لَهُ كِيلٌ أَوْ وَزْنٌ فَعَلَيْهِ مِثْلُ كَيْلِهِ وَوَزْنِهِ).[٢]

وهذا كما قال.

إذا أتلف عليه ماله مثل في موضع ليس فيه شيء من ذلك [٣] ،وقد مضى ذلـــك في أول كتاب الغصب [٤] .

فإن فقد المثل -مثل أن يكون في موضع ليس فيه شيء من ذلك وقد تلف المغصـوب فلم يقدر على مثله ،أو كان المثل موجوداً في ذلك الموضع ثم انقطع-فـــإنَّ القيمـــة تلزمه [٥] .

واختلف أصحابنا في ذلك [٦] على أربعة أوجه :[٧]

أحدها وعليه الأكثر منهم [٨] :أنَّه تعتبر قيمة المثـــل وقـــت المحاكمـــة والتأديـــة للقيمة ،فيقوَّم في ذلك الوقت فما بلغ فهو حقه [٩] ؛لأنَّ الواجب عليه إنَّمـــا هـــو المثل ،وإنَّما ينتقل إلى قيمته بالحكم، فكان الاعتبار بقيمته وقت الانتقال. [١٠]

---

[١] في المختصر المطبوع (ولو) صـــ١٢٩.

[٢] مختصر المزني صـــ ١٢٩.

قال الماوردي في الحاوي: (وليس ذلك منه حداً لما له مثل ؛لأنَّ كل ذي مثل مكيل أو موزون لـــه مثـــل ،وإنما ذكر الشَّافعيّ رضي الله عنه ذلك شرطاً في المماثلة عند الغرم و لم يجعله حداً لما له مثل ...) ١٧٩/٧.

[٣] لعل هنا سقطاً تقديره (إذا فهو مضمون في الغصب بالمثل).

انظر/ الحاوي ١٧٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٥.

[٤] في صـــ٨٩-٩٠.

[٥] انظر/ التنبيه صـــ١١٤،والوجيز٢/٢٠٨

[٦] أي في القيمة المعتبرة.

[٧] أختلف الشَّافعيّة في القيمة المعتبرة على أحد عشر وجهاً:

أصحها /يجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى الإعواز ذكره أبو علي الطبري .

انظر/ الحاوي ١٧٩/٧،فتح العزيز ٤٢٣/٥، الروضة ٢٠/٥،ونهاية المحتاج ١٦٢/٥.

[٨] وهو اختيار ابن أبي أحمد (بحر المذهب ٩/ل ١٥)

[٩] وهو قول القاضي أبي الطيب الطبري كما نقله عنه العمراني في البيان ١٩/٧.

[١٠] انظر/ التنبيه صـــ١٤٤،فتح العزيز ٤٢٣/٥، الروضة ٢٠/٥.

وقال أبو علي بن أبي هريرة:[1] عليه قيمة المثل أكثر ماكان من حين قبض إلى وقت الحكم بالقيمة؛[2] لأنَّ المثل في ذمته بمنزلة المغصوب إذا كان يجب عليه ردُّه كما يجب عليه ردُّ المغصوب، والمغصوب إذا تلف كان عليه قيمته أكثر ما كانت فكذلك هاهنا.

قال أبو إسحاق:[3] عليه قيمته أكثر ما كانت من حين قبض /إلى حين تعذَّر المثل وانقطاعه ،ولا يعتبر تغيُّر القيمة بعد ذلك؛[4] لأنَّه لما انقطع المثل وتعذَّر صار في معنى مالا مثل له .

/١٠٥

وقال أبو العباس بن القاصّ:[5] إن كان ذلك مما ينقطع في وقت دون وقت عن أيدي الناس -كالعصير وغيره ؛فإنَّه ينقطع في وقت من السنة بحيث لا يوجد شيء منه -فإنَّه يجب قيمته وقت الانقطاع لا وقت الحكم ؛لأنَّه إذا انقطع وجبت القيمة و لم يجب المثل .

وإن كان مما لا ينقطع من أيدي الناس جملة، لكنه ينقطع في بلد دون بلد، فإنَّه يجب قيمته وقت الحكم؛[6] لأنَّه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم ؛[7] ألا ترى أنَّه لو طلب المثل فأتاه به لزمه قبوله ؟

---

[1] تقدمت ترجمته ص ١٢٦.

[2] انظر/ الحاوي ١٧٩/٧،بحر المذهب ٩/ل١٥،فتح العزيز ٤٢٣/٥، الروضة ٢٠/٥،ونهاية المحتاج ١٦٢/٥.

[3] المروزي وقد تقدمت ترجمته في صـ١٤٠.

[4] وهو الأصح كما سبق بيانه في الصفحة السابقة.

[5] هو الإمام أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري البغدادي المعروف بابن القاص ،أخذ الفقه عن ابن سريج ،وأخذ عنه أبو على الزُّجاجي له عدة تصانيف منها: المفتاح ،والتلخيص وهو مطبوع ،والتوسط بينه_أي بين المزني_ وبين ما أعترض به على الشَّافعيّ،أدب القاضي .

مات بطرسوس سنة خمس وثلاثين وثلاث مائة.

انظر/ طبقات للشيرازي صـ١٢٠ ،وطبقات السبكي ٥٩/٣،سير أعلام النبلاء ٣٧١/١٥-٣٧٢.

[6] انظر/ المهذب ١٩٨/٢ بحر المذهب ٩/ل ١٥،البيان ١٩/٧، فتح العزيز ٤٢٣/٥،نماية المحتاج١٦٢/٥.

[7] انظر/ المهذب ١٩٨/٢.

أمَّا بقية الأوجه فهي:

١)يجب أكثر القيم من الغصب إلى التلف.

وهذا الذي ذكره أبو العباس غير صحيح ؛لأنَّه إذا انقطع عن أيدي الناس جملة، فإنَّه ما انتقل إلى القيمة أيضاً ؛ألا ترى أنَّه لو صبر حتى جاء العصير ؛وأعطاه لزمه قبوله؟ فلا فرق بين الموضعين .والله أعلم بالصَّواب.

٢) يجب أكثر القيم من التلف إلى الإعواز.

٣) يجب أكثر القيم من الإعواز إلى المطالبة.

٤) يجب أكثر القيم من تلف المغصوب إلى المطالبة.

٥) الواجب قيمته يوم التلف.

٦) قيمته يوم الإعواز والعدم ،وأختاره أبو على الزُجاجي والحناطي،والماوردي(الحاوي٧ /١٨٠) والرُّوياني(البحر ٩/ل١٥)وأبو خلف السلمي .

٧) قيمته يوم المطالبة .

٨) وعن الشيخ أبي حامد -إن ثبت عنه -قيمته يوم أخذ القيمة ،لا يوم المطالبة.

انظر/ فتح العزيز ٥/٤٢٣، الروضة ٥/٢٠-٢١.

فـــــصل

إذا غصب شيئاً وتلف في يده ضمن أكثر من قيمته [١] من حين الغصب إلى أن تلف. [٢]

وقال أبو حنيفة :تضمن قيمته وقت الغصب .[٣]

واحتجَّ من نصره: بأنَّه مضمون بالقبض فوجب أن تعتبر قيمته حال القبض؛ [٤] أصلــه المرأة إذا قبضت الصداق وتلف في يدها ثم طلقها الزوج قبل دخوله بها؛ فإنَّه يرجع عليــها بنصف قيمته يوم قبضه .[٥]

ودليلنا : أنَّ استدامته القبض في الغصب بمترلة ابتدائه، فلما كان ابتداء القبـــض ســبباً لضمان قيمته وقت الغصب وجب أن تكون استدامة القبض سبباً لضمـــان قيمتــه ؛لأنَّ الاستدامة بمعنى الابتداء . [٦]

فإن قيل : المعنى في ابتداء القبض أنَّه نقل للمغصوب من يد صاحبه ،وليس كذلـــك في الاستدامة فإنَّه ليس بناقل .[٧]

---

[١] كذا ولعل الصواب(الأكثر من قيمته)أو (أكثر قيمته).

[٢] هذا إذا كان المغصوب قيمي ،أمَّا المثلي فقد تقدم ذكر الخلاف في صـــ١٧٣.

انظر/ المهذب ١٩٧/٢،البيان ١٣/٧،فتح العزيز ٤٣٠/٥، غنية الفقيه صـــ ٢٦٨، ونهاية المحتاج ١٦٤/٥.

[٣] انظر/ المبسوط ٥٠/١١،مختصر الطحاوي ص١١٧،وتحفة الفقهاء ٩٦/٣-٩٧، بدائع الصنائع ١٤٥/٦.

أختلف الحنفية في المثلي إذا تلف وتعذر مثله على ثلاثة أقوال :

١) أنَّها تعتبر القيمة وقت القضاء ،وبه قال أبو حنيفة .

٢) أنَّها تعتبر قيمته يوم الغصب ،وبه قال أبو يوسف .

٣) تعتبر قيمته بآخر يوم كان موجوداً فيه ،وبه قال محمد بن الحسن.

انظر/ المبسوط٥٠/١١،ومختصر اختلاف العلماء ١٧٧/٤.وحاشية ابن عابدين ١١٦/٦.

- والفتوى أن المعتبر قيمته بآخر يوم كان موجوداً فيه –أي يوم الانقطاع من السوق.
- أمَّا القيمي إذا تلف فيجب قمته يوم غصبه إجماعاً عندهم.

انظر/ بدائع الصنائع ١٤٥/٦، حاشية ابن عابدين ١١٦/٦.

[٤] تكملة فتح القدير ٣١٩/٩-٣٢٠،والاختيار ٥٩/٣.

[٥] شرح فتح القدير ٣٤٧/٣

[٦] وبنحوه في البيان ١٣/٧.

[٧] وذلك أن الحنفية يرون أن الغصب إنما يكـــون بـــالنقل والتحويـــل ولا غصـــب فيمـــا لا ينقـــل كما تقدم ص ١٦٠.

فالجواب: أنَّ هذا غير صحيح ؛لأنَّ النقل لا اعتبار [1] ،وإنَّما سبب الضَّمان هو الإمساك من وجه التَّعدي ؛ألا ترى أنَّ المودع إذا جحد الوديعة ضمن و لم ينقلها ،وإنَّما ضمنها بإمساكه إيَّاها على وجه التَّعدي ،وكذلك إذا طولب بردِّ الوديعة فلم يردَّها وهو قادر على ردِّها ضمن قيمتها و لم يوجد نقل من يد صاحبها إلى يده ،وإنَّما وجد إمساكه على وجه التَّعدي. [2]

وأيضاً فإنَّه لو زادت قيمة المغصوب في يد الغاصب ،ثم باعه من رجل وهو لا يعلم أنَّه مغصوب وتلف في يد المشتري كان لصاحبه أن يغرم المشتري جميع القيمة. [3]

فنقول : ما ضمنه المشتري من الغاصب ضمنه الغاصب إذا لم يرد قيمته.

٥/ل/٢٤١ب

فإن قيل : المشتري/ قبضه وقيمته زائدة ،وليس كذلك الغاصب ،فإنَّه قبضه وقيمته ناقصة وضمنه بالقبض ،فكان الاعتبار بوقت قبضه ،كما كان الاعتبار بوقت قبض المشتري .

فالجواب : أنَّ استدامة قبض الغاصب في معنى ابتداء القبض ،فهو في كل زمان كالمبتدئ للقبض ؛لأنَّه ممسك له على وجه التَّعدي، فكان وجود الزيادة في حال استدامة بمترلة وجودها في حال ابتداء القبض ولا فرق بينهما ؛ولأنَّ إخراجه المغصوب من يده إلى يد غيره سبب مسا للضَّمان ،فكان طريان هذا السبب بمترلة طريان الإتلاف بعد الغصب ،ولو أتلفه وهو زائد القيمة لزمته الزيادة ،فكذلك هاهنا

---

[1] بياض بقدر كلمة.ولعلها(به).

[2] وبنحوه في الوسيط ٣/٣٧٨.

[3] مذهب الحنفية : أنَّ المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وجاز البيع والثمن للغاصب ،وإن شاء ضمن المشتري قيمته وقت القبض وبطل البيع ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن .البحر الرائق ٨/١٢٥.

،ولافرق بينهما ؛ولهذا خالف أبو يوسف [1] ومحمد [2] أبا حنيفة في هذا وقالا :تجب الزيادة على الغاصب كما تجب على المشتري. [3]

وأمَّا الجواب عمَّا قالوه من الرجوع على المرأة بقيمة نصف الصداق يوم قبضه فهو :أنَّ ما يحدث من الزيادة فيه بعد القبض حدث في ملكها و لم يتناوله عقد الصداق ،فلم يكن للزوج فيه حقٌّ، وليس كذلك الزيادة الحادثة في يد الغاصب ،فإنَّها للمغصوب منه فبان الفرق بينهما .

فإن قيل :هذه الزيادة لم يتناولها الغصب .

قلنا: هذا غلط ؛لأنَّه في كلِّ ساعة بمنزلة المبتدئ للغصب ،فلم يسلم ما قاله.

---

[1] تقدمت ترجمته ص١٦٠.

[2] محمد بن الحسن بن فرقد العلامة فقيه العراق أبو عبد الله الشيباني الكوفي صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط سنة اثنتين وثلاثين ومائة ،ونشأ بالكوفة وأخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه ،وتمم الفقه على القاضي أبو يوسف ،وروى عن أبي حنيفة ومسعر ومالك بن مغول والأوزاعي ومالك بن أنس، أخذ عنه الشافعي فأكثر جداً وأبو عبيد وهشام بن عبيد الله،له عدة تصانيف منها الجامع الصغير والكبير ، توفي إلى رحمة الله سنة تسع وثمانين ومائة بالري .

انظر/ سير أعلام النبلاء ١٣٤/٩،الجواهر المضية في طبقات الحنفية ١٢٢/٣.

[3] وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة ،وابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة ،ووجه ظاهر الرواية- وهو قولهما- أن الزيادة حصلت في يد الغاصب أمانة وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامناً لها بزيادتها.

انظر/ المبسوط ٥٦/١١.

[١٧]مسألة

قال الشَّافعيُّ : (وَلَو كَانَ ثَوْبَاً فَصَبَغَهُ [١]فَزَادَ فِي قِيمَتِهِ ،قِيلَ لِلْغَاصِبِ إِنْ شِئْتَ فَاسْتَخْرِجِ الصِّبغ عَلَى أَنَّكَ ضَامِنٌ لِمَا نَقَصَ).[٢]

وهذا كما قال .

إذا غصب ثوباً فصبغه لم يخل من ثلاثة أحوال :-

إمَّا أن يصبغه بصبغ له ،أو بصبغ للمغصوب منه،أو بصبغ لغيره .

فإن كان قد صبغه بصبغ له [٣] ففيه أقوال:[٤]

إمَّا أن يكون بحاله لم تزد قيمته و لم تنقص ،أو زادت ، أو نقصت .

---

[١]صَبَغَ الثوبَ والشَّيْبَ ونحوَهما يَصْبَغُه و يصبُغُه و يَصْبِغُه ثلاثُ لغات؛والذي يصبغ به الصِّبْغُ، بسكون الباء، مثل الشِّبَعِ والشِّبْع،و الصِّبْغُ و الصِّباغُ و الصِّبْغَةُ: ما يُصْبَغُ به وتُلَوَّنُ به الثياب، و الصَّبْغُ المصدر، والجمع أَصْباغٌ و أَصْبِغَةٌ، و الصبّاغُ: مُعالِجُ الصَّبْغِ، وحِرْفته الصِّباغةُ.
انظر/ لسان العرب ٤٢٧/٨.

[٢] مختصر المزني المطبوع صـ١٢٩،وتمام المسألة : (وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصِّبغ، فإن محق الصِّبغ فلم تكن له قيمة قيل: ليس لك ههنا مالك يزيد فإن شئت فاستخرجه وأنت ضامن لنقصان الثوب ،وإن شئت فدعه ،وإن كان ينقص الثوب ضمن النقصان، وله أن يخرج الصِّبغ على أن يضمن ما نقص الثوب وإن شاء ترك. قال المزني: هذا نظير ما مضى في نقل التراب ونحوه).

[٣] وهو على ضربين :
الأول :إذا لم يمكن فصله فقولان :
القديم / أنّه يفوز به صاحب الثوب ،والمذهب والمشهور :أنّهما شريكان .
انظر/ فتح العزيز ٤٥٦/٥-٤٥٧، الروضة ٤٧/٥-٤٨.
والثّاني :إذا أمكن فصله : حكى قول عن القديم إن المفصول لا قيمة له فهو كالسمن .
والمذهب المشهور ،أنّه ليس كالسمن ،فلا يفوز به المغصوب منه . فتح العزيز ٤٥٧/٥، الروضة ٤٨/٥.

[٤] لعله سبق قلم من الناسخ والصواب(أحوال) .
انظر/ الحاوي ١٨١/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٦،البيان ٥٤/٧،فتح العزيز ٤٥٦/٥-٤٥٧.

فإن كان بحاله :مثل أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصِّبغ عشرة ،فلمَّا صبغه بـه بلغت قيمته عشرين فإنَّه يرد الثوب ويكونان شريكين في قيمته.[1]

فإن تراضيا على أن يكون بينهما على حالته كان لهما ذلك ،وإن تراضيا على بيعـه وقسمة الثمن بينهما كان لهما ذلك ،وإن أراد الغاصب أن يقلع صبغـه بشـرط أن يضمن ما نقص الثوب بالقلع كان له ذلك ؛لأنَّ له أن يأخذ عين ماله سواء كان لـه في ذلك منفعة أو لم يكن .[2]

وإن طالبه صاحب الثوب بالقلع فهل يجبر على ذلك أم لا ؟.

فيه وجهان : [3]

أحدهما: يجبر عليه كما يجبر على قلـع/ النخيـل إذا غرسـها متعدِّيـاً في الأرض المغصوبة .[4]

ل/ه

والثَّاني: لا يجبر عليـه [5] ؛لأنَّـه يتلـف بـالقلع ولا ينتفـع بـه الغـاصب ، ويفارق النخيل ؛لأنَّها لا تتلف بالقلع. [6]

وإن بذل صاحب الثوب قيمة الصِّبغ فهل يجبر الغاصب على قبولها منه؟.

---

[1] لأنَّ الصِّبغ عين مال الغاصب ،فإذا خلطه بمال المغصوب منه صار شريكاً له كما لو غصب منه طعامـاً ،فخلطه بطعام له .البيان ٧/٥٤.

وانظر/ الحاوي ٧/١٨١، التنبيه ص ١١٥،بحر المذهب ٩/ل ٣٦.

[2] انظر/ الأم ٣/٢٨٩، والإقناع لابن المنذر٢/٧١٢، بحر المذهب ٩/ل ٣٦،البيان ٧/٥٤-٥٥.

[3] وهذا الخلاف إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بيناً .فتح العزيز ٥/٤٥٨.

[4] ويحكى هذا عن ابن خَيْرَانَ وأبي إسحاق وطائفة ، واختاره الإمام ونقل قطع المراوزة به ،وهو الصحيح عند البغوي (التهذيب صـ٤٩٠)وهو الأصح (المنهاج مع مغني المحتاج٢/٢٩١).

وانظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٦ ،البيان ٧/٥٥،فتح العزيز ٥/٤٥٨، الروضة ٥/٤٨.

[5] وبه قال ابن سريج وهو اختيار أبي حامد ،وهو الأظـهر عنـد أصحابنـا قـال الرُّويـاني: (وهـو ظاهر المذهب)بحر المذهب ٩/ل ٣٦.

و انظر/ والحاوي ٧/١٨٣،البيان ٧/٥٥،فتح العزيز ٥/٤٥٨، الروضة ٥/٤٨، المهذب ٢/٢٠٥ .

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٦،الوسيط ٣/٤١٠،البيان ٧/٥٥،فتح العزيز ٥/٤٥٨.

فيه وجهان :- [١]

أحدهما :يجبر ،[٢] كما قلنا في المستعير ،والمعير الأرض [٣] .

والثَّاني :لا يجبر، [٤]كما قلنا في النخيل إذا بذل له قيمتها ، فإنَّه لايجبر على قبولها .

فأمَّا إذا ترك الغاصب الصِّبغ للمغصوب منه فهل يجبر على قبوله ؟.

فيه وجهان :-

أحدهما :يجبر ؛لأنَّه غير متميِّز عن الثوب فهو كسمن الجارية [٥] .

والثَّاني: لا يجبر؛لأنَّها عين ممكن إفرادها فهو كما لو كانت منفردة. وكما قلنا في النخيل إذا تركها له فإنَّه لا يجبر على قبولها. [٦] [٧]

هذا كلُّه إذا كان بحاله.

فأمَّا إذا زاد [٨] فبلغت القيمة ثلاثين.

فإن كانت هذه الزيادة زيادة سعر الثياب كانت لصاحب الثوب دون الغاصب ،وإن كانت زيادة سعر الصِّبغ، فإنَّها لصاحب الصِّبغ دون صاحب الثوب. [٩]

---

[١]وحكاهما الرُّوياني في البحر قولين (بحر المذهب ٩/ل ٣٦-٣٧).

[٢]انظر/ فتح العزيز ٤٥٩/٥، الروضة ٥٠/٥،وهو القول القديم كما نقله الرُّوياني بحر المذهب ٩/ل ٣٦.

[٣] انظر/ المهذب ١٩١/٢.

[٤]وهو الأصح كما جزم به النووي في الروضة(٥٠/٥) .

-وهناك وجه ثالث ،إن كان الصِّبغ بحيث لو فصل لم يحصل منه شيء ينتفع به ،فنعم ،وإلا فلا .

انظر/الوسيط ٤١٢/٣،فتح العزيز ٤٥٩/٥، الروضة ٥٠/٥.

[٥] قال الرُّوياني (وهو ظاهر المذهب) بحر المذهب ٩/ل ٣٦

انظر/ المهذب ٢٠٥/٢،الوسيط٤١١/٣،٤١٢،فتح العزيز ٤٥٨/٥. الروضة ٤٩/٥.

[٦] تقدم ص ١٥٦-١٥٧.

[٧] قال الرافعي : (لكن الثاني أقيس وأشبه).فتح العزيز ٤٥٨/٥.

قال النووي (قلت الثاني أصح وممن صححه صاحب التنبيه) الروضة ٤٩/٥.

انظر المراجع السابقة .

[٨] أي قيمة الثوب المصبوغ.

[٩] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٧،البيان ٥٦/٧،فتح العزيز ٤٥٧/٥، الروضة ٤٨/٥.

وإن كانت بالفعل [1] لا بزيادة السوق كانت بينهما ،وهما شريكان في الثوب، [2] ويكون الحكم على ما ذكرنا في القسم الأول في المسائل التي ذكرناها [3] غير أنَّ هاهنا يعتبر النقصان بالقلع من خمسة عشر، وهناك من عشرة ؛لأنَّ قيمة الثوب هاهنا بالزيادة خمسة عشر. [4]

وأمَّا إذا نقص مثل أن يكون قيمتها عشرين، فلمَّا صبغه عادت قيمتها إلى خمسة عشر، فإن كان ذلك بنقصان سعر الثياب مثل أن يكون سعرها قد نقص فصار ما كان يساوي عشرة بخمسة ،فإنَّهما يكونان شريكين فيه ثلثاً وثلثين، ويعتبر نقصان الثوب بالقلع من الخمسة. [5] والأحكام على ما ذكرنا. [6]

وإن كان ذلك النقصان بالفعل لا بالسوق كان ذلك على الغاصب ؛لأنَّه إن كان من الثوب فبقلعه نقص،وإن كان من الصِّبغ فهو له. [7]

والظاهر أنَّه من الصِّبغ؛ لأنَّه تبَّدد [8] والثوب بحاله .

فأمَّا إذا كان الصِّبغ لصاحب الثوب غصبه عليه فإن كان بحاله ردَّه ولاشيء عليه. [9]

---

[1] أي بسبب العمل والصنعة وهو اجتماع الثوب والصِّبغ.

انظر/ مغني المحتاج ٢/٢٩٢.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٧،البيان ٧/٥٦،فتح العزيز ٥/٤٥٧، الروضة ٥/٤٨،ومغني المحتاج ٢/٢٩٢.

-وذكر الشيخ أبو حامد :أنَّ الزيادة بينهما نصفين من غير تفصيل .البيان ٧/٥٦.

[3] في ص١٨٠-١٨١.

[4] وأطلق الأكثر ون ،وقالوا :إنَّ النقص محسوب من الصِّبغ .

انظر/التنبيه ص١١٥ ،فتح العزيز ٥/٤٥٧، الروضة ٥/٤٨.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٧،البيان ٧/٥٦،فتح العزيز ٥/٤٥٧، الروضة ٥/٤٨.

[6] في ص١٨٠-١٨٢.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٧،البيان ٧/٥٦، فتح العزيز ٥/٤٥٧، الروضة ٥/٤٨.

[8] التبديد: التفريق؛ يقال: شَملٌ مُبَدَّد. و بَدَّد الشيءَ فَتَبَدَّدَ: فرّقه فتفرق. و تبدّد القوم إذا تفرّقوا. و تبدّد الشيءُ : تفرّق. و بَدَّه يَبُدُّه بدّاً: فرّقه. لسان العرب ٣/٧٨-٧٩.

[9] لأنّه لم يتلف شيئاً من مال المغصوب منه .البيان ٧/٥٤.

وإن [1] قد زادت قيمته فالزيادة لصاحب الثوب بكلِّ حال ولاحقَّ للغاصب ؛لأنَّه لاشيء له فيه غير العمل الذي هو أثر ،فهو كما لو قصَّر الثوب [2] .

وإن كانت القيمة نقصت فإن تحقق أنَّ ذلك بنقصان سعر الثياب ،أو الصِّبغ ردَّه ولاشيء عليه ،وإن لم يتحقق ذلك كان بفعله وكان راجعاً إلى الصِّبغ ؛لأنَّه بدَّده فيكون عليه ما نقص. [3]

وإن كان الصِّبغ لغيرهما غصبه عليه أيضاً .

فإن كان بحاله فهو بينهما . [4]

وإن كان قد زاد فالقيمة بينهما إن كانت بالفعل ،وإن كانت بزيادة السعر كانت لصاحبها دون الآخر ،ولاحقَّ للغاصب في ذلك بحال ؛لأنَّ له فيه أثراً لا عين . [5]

وإن كانت القيمة نقصت فالظاهر أنَّ ذلك من الصِّبغ ؛ لأنَّه / بدَّده بالاستعمال والثوب بحاله ،فيرجع صاحب الصِّبغ عليه بما نقص صبغه وإن تحقَّق أنَّه من قيمة الثوب لنقصان السعر في السوق كان النقصان في حقِّه و لم يرجع به ؛لأنَّ الثوب باق بحاله، [6] والله أعلم.

ه/ل/٢٤٢ب

---

[1] لعل هنا سقط تقديره (كانت)

[2] انظر/ الحاوي ١٨٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٧،البيان ٥٤/٧.

[3] انظر/ المراجع السابقة.

[4] أي بين صاحب الثوب،وبين صاحب الصِّبغ، أمَّا الغاصب فلاشيء له كما سيبيِّنه المصنف رحمه الله .
انظر/ الحاوي ١٨٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٧.

[5] انظر/ التهذيب صـ٤٩٢.

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٧،فتح العزيز ٤٦٠/٥، الروضة ٥١/٥.
-وإن كانت قيمة الثوب عشرة والصِّبغ عشرة وبعد الصِّبغ أصبحت قيمة الثوب خمسة عشرة .
فوجهان :
أحدهما :يكون الثوب بينهما نصفين ،ويرجعان على الغاصب بخمسة .
وأصحمها :أن يكون بينهما أثلاثاً .
انظر/ فتح العزيز ٤٦٠/٥، الروضة ٥١/٥.

[١٨] مســــألــة

قال الشَّافعيّ : (**وَلَو كَانَ زَيتاً فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ ،أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ ،فَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِنْ هَـذَا مكِيلَتَهُ ،وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِثْلَ زَيْتِهِ**). [١]

وهذا كما قال.

إذا غصب زيتاً فخلطه بغيره فلا يخلو من أن يخلطه بزيت أجود منه ،أو زيت مثلـــه ،أو أردأ منه ،أو يخلطه بدهن بان [٢] أو شيْرَق [٣] ،أو غيرهما من الأدهان ،أو بماء.

فإن خلطه بزيت أجود منه :

فإنَّ الشَّافعيّ قال: (**إن أعطاه من هذا مكيلته ،وإن شاء أعطاه مثل زيته**). [٤]

وهذا يدلُّ على أنَّه جعله مستهلكاً ،وجعل بدله في ذمَّته ؛لأنَّه خيَّره بين أن يعطـــي مكيلته من الزيت المخلوط ،أو من زيت مثل زيته . [٥]

وقال في كتاب التفليس [٦] : (فيه قولان :

أحدهما: يضرب مع الغرماء بالثمن).

وهذا موافق لما قال في الغصب ؛لأنَّه جعله مستهلَكاً ،وجعل للبائع الثمن يضرب بـــه مع الغرماء.

والثَّاني :أنَّه يكون شريكاً . [٧]

---

[١] مختصر المزني صـــ١٢٩،وتمام المسألة (وإن خلطه بشرٍّ منه، أو صبه في بان فعليه مثل زيته).

[٢] البَانُ :شجر معروف الواحدة (بانة)ودهن البان منه .(المصباح المنير صـــ٣٦) و انظر/ القاموس المحيـــط صـــ ١٠٦٥.

[٣] الشَّيْرَق أو الشَّيْرَج: معرب من شيره وهو دهن السمسم وربما قيل :للدهن الأبيض وللعصير قبـــل أن يتغير شيرج تشبيهاً به لصفائه وهو بفتح الشين. المصباح المنير صـــ ١١٧.

[٤] ونص ما في الأم: (فيقال للغاصب إن شئت أعطيته مكيال زيت مثل زيته ،وإن شئت أخذ مـــن هـــذا الزيت مكيالاً ثم كان غير مزداد إذا كان زيتك مثل زيته ....) الأم ٢٩٠/٣.

[٥] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٨

[٦] التفليس : جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله .مغني المحتاج ١٤٦/٢.

[٧] ونص ما في الأم (فإن كان خالطه بما هو خير منه ففيها قولان:

وهذا مخالف لما قال في الغصب.[1]

وأختلف أصحابنا فيه .

فمنهم من قال: في المغصوب أيضاً قولان، كما قال الشَّافعيّ في التفليس :

أحدهما: يكون بمنزلة المستهلك .

والثَّاني: يكون المغصوب منه شريكاً للغاصب.[2]

فإذا قلنا: يكون مستهلكاً: فوجهه أنّه قد تعذّر الوصول إلى عين المغصوب، فأشبه إذا كان تالفاً.[3]

وإذا قلنا: يكون شريكاً: فوجهه أنّ مال كلّ واحد منهما موجود مخلوط بغيره غير متميِّز عنه، فوجب أن يكونا شريكين؛ أصله إذا اشتريا صاعين من زيت صفقة واحدة فأنّهما يكونان شريكين في بيع الزيتيين، وقسم ثمنهما على قدر قيمتهما.[4]

وإذا قلنا: يكون مستهلكاً: فإنّ الغاصب بالخيار إن شاء أعطاه من المخلوط فيكون قد زاده خيراً[5]، وإن شاء أعطاه مثل زيته.[6]

أحدهما: أن لا سبيل له؛ لأنّا لانصل إلى دفع ماله إليه إلا زائداً بمال غريمه، وليس لنا أن نعطيه الزيادة، وكأنّ هذا أصح القولين ــ والله أعلم ــ وبه أقول قال: ولا يشبه هذا الثوب يصبغ ....

والقول الثاني: أن ينظر إلى قيمة عسله، وقيمة العسل المخلوط به متميزين، ثم يخير البائع بأن يكون شريكاً بقدر قيمة عسله من عسل البائع، ويترك فضل كيل عسله، أو يدع ويكون غريماً....) الأم ٢٣٣/٣.

[1] تقدم في رأس المسألة.

[2] قال الرُّوياني: (قال أبو إسحاق : هذا محتمل في النظر، ولكن الشَّافعيّ لم يؤمي إليه) بحر المذهب ٩/ل ٣٨.

والأظهر عند الرافعي إثبات القولين في الغصب، وأظهر القولين عند الأكثر ين أنّه بمنزلة المستهلك، وعند الإمام والمتولي يكون المغصوب منه شريكاً للغاصب فتح العزيز ٤٦٢/٥-٤٦٣، الروضة ٥٢/٢.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٨، البيان ٤٥/٧، فتح العزيز ٤٦٢/٥.

[4] انظر المراجع السابقة.

[5] ويجبر المغصوب منه على أخذه لوجود العين المغصوبة وزيادة .

انظر/ الحاوي ١٨٦/٧، والمهذب ٢٠٢/٢.

[6] فإذا رضي بذلك المغصوب منه جاز، وإن لم يرض به وطالب بحقّه من نفس ما اختلط به فوجهان:

ومن أصحابنا من فرق بين الغصب والتفليس ،وقال: في التفليس قولان ،وفي الغصب يكون الغاصب بالخيار قولاً واحداً؛[1] لأنَّ في التفليس لايحصل له بدله على الوفاء فجعلناه شريكاً فيه،وأمَّا المغصوب منه فيحصل له بدل زيته على الوفاء ،فلم يجعله شريكاً .[2]

وأمَّا إذا خلطه بمثله فإنَّ الشَّافعيّ سوَّى بين أن يخلطه بمثله ،وبين أن يخلطه بأجود منه فقال:(ولو كان زيتاً يخلطه بمثله ،أو خير منه فإن شاء أعطاه). [3]

واختلف أصحابنا فيه: فذهب أبو العباس بن سريج [4] وأبو إسحاق [5] إلى أنَّه يكون شريكاً قولاً واحداً ويكون له مطالبته بالقسمة حالاً ،[6] [7] وقول الشَّافعيّ :

الأول :وهو المنصوص،وهو قول جمهور الشَّافعيّة أن الخيار إلى الغاصب ؛لأنَّه تعذَّر ردُّ المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل .

والثاني:أنَّه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص في التفليس ؛لأنَّا إذا فعلنا ذلك أوصلنا كلَّ واحد إلى عين ماله ،إذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البدل .

انظر/ المهذب ،الحاوي ١٨٦/٧.

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٨،البيان ٤٦/٧،فتح العزيز ٤٦٣/٥/ الروضة ٥٢/٥.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٨،البيان ٤٦/٧، فتح العزيز ٤٦٣/٥.

-قال النووي: (فالمذهب النص أنَّه كالهالك) الروضة ٥٢/٥.انظر مغني المحتاج ٢٩٢/٢.

قال: الشربيني (قال السبكي : والذي أقوله وأعتقده وينشرح صدري له أنَّ القول بالهلاك باطل؛لأنَّه فيه تمليك الغاصب مال المغصوب منه بغير رضاه .بل بمجرد تعديه بالخلط) مغني المحتاج ٢٩٢/٢-٢٩٣.

[3] انظر المختصر المطبوع صـ١٢٩،والأم ٢٩٠/٣.

[4] أبو العباس بن سريج: هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي القاضي الفقيه الأصولي ،أحد أعلام الشَّافعيّة ،وهو الذي نشر مذهب الشَّافعيّ ،تفقه على أبي القاسم الأنماطي ،وحدث عن الحسن بن محمد الزعفراني وأبي داود السجستاني وغيرهم ،ومن مصنفاته الودائع لمنصوص الشرائع ،وتعليق على مختصر المزني . مات في بغداد سنة ٣٠٦.

انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢٥١/٢/١-٢٥٢،والبداية والنهاية ١٣٧/١١.

[5] تقدمت ترجمته في صـ ١٤٠.

[6] وهو قول أبي علي بن أبي هريرة.

انظر/ الحاوي ١٨٦/٧.البيان ٤٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٨.

[7] لأنَّ فيه بعض عين ماله ،فلا يلزم الانتقال إلى بدله .البيان ٤٧/٧.

(فإن شاء أعطاه)[1] راجع إلى الأجود دون المثل فجمع الشَّافعيّ بين مسألتين وأجاب عن إحداهما وهو يعمل هذا كثيراً. [2] /

٢٤٣/أ/٥

ومن أصحابنا من قال :يكون مستهلكاً ؛لأنَّه قد تعذَّر وصوله إلى عين ماله ،فهو بمنزلة التلف ،ويكون الغاصب بالخيار إن شاء أعطى مثل مكيلته منه ،أو من غيره مثل زيته ،وهذا ظاهر نص الشَّافعيّ.[3]

فإذا قلنا:يكون شريكاً طالبه بالقسمة ووجب أن يقسم بينهما ؛لأنَّ القسمة ممكنة ولا يجب البيع هاهنا، [4] ويخالف الأجود ؛لأنَّه لا يمكن القسمة إلا بأن ينقص من قدر مكيلته ويكون ذلك ربا .[5]

وإذا قلنا : يكون مستهلكاً وهو الصحيح، [6] فإنَّ الغاصب بالخيار إن شاء أعطاه مثل مكيلته من غيره ،وإن شاء أعطاه من غير زيته ؛لأنَّ البدل ثابت في ذمَّته ،فكان الخيار له فيما نقصه منه. [7]

وإن خلطه بزيت أدنى منه ،فالذي نصَّ عليه أنَّه مستهلك، [8] وعلى الغاصب مثل زيته [9] وليس له أن يعطيه من المخلوط ؛لأنَّه دون حقِّه [10] وليس للمغصوب منه

---

[1] مختصر المزني صـ١٢٩.

[2] انظر/ الحاوي ١٨٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٨.

[3] انظر/ الحاوي ١٨٦/٧،المهذب ٢٠٢/٢،البيان ٤٦/٧، الوسيط ٤١٢/٣.

[4] انظر/ فتح العزيز ٤٦٣/٥، الروضة ٥٢/٥.

[5] وهو المشهور أنَّه لا يجوز وهو قول أبي إسحاق .

وفي قول رواه البويطي أنَّه يجوز وبنى ذلك على أنَّ القسمة إفراز حق لا بيع.

وفي وجه: يكلف الغاصب بتسليم صاع من المخلوط.

انظر/ المهذب ٢٠٢/٢، والوسيط ٤١٤/٣، فتح العزيز ٤٦٣/٥، الروضة ٥٢/٥-٥٣.

[6] انظر/ فتح العزيز ٤٦٢/٥، الروضة ٥٢/٥،والمنهاج مع مغني المحتاج ٢٩٢/٢.

[7] انظر/ الحاوي ١٨٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٣٨.

[8] انظر/ المهذب ٢٠٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ٣٨.

[9] انظر/ الحاوي ١٨٧/٧،والمهذب ٢٠٣/٢.

[10] وذكر الرافعي والنووي أنَّ للمالك أن يأخذ من المخلوط مع أرش النقصان .

انظر/ فتح العزيز ٤٦٣/٥-٤٦٤ ،الروضة ٥٣/٥.

أن يطالبه بأن يعطيه منــه ؛لأنَّ البــدل في ذمَّتــه فــلا يتعــين عليــه أن يعطيــه من زيت بعينه. [1]

ومن أصحابنا من قال: فيه جواب آخر أنَّه شريك فيه- مُخرَّجاً مــن التفليــس- ويباعان، ويقسم الثمن على قدر الزيتيين كما قلنا في الأجود .[2]

وأمَّا إذا خلطه ببان ،أو شَيْرقٍ، أو غيرهما من الأدهان، [3] فإنَّه مستهلك وعلــى الغاصب مثل زيته .[4]

وأمَّا إذا خلطه بالماء [5] فإنَّه يلزمه تمييزه ؛لأنَّ ذلك ممكن ،وعليه أجرة من يميِّزه ؛لأنَّ المؤونة في ردِّ المغصوب تجب على الغاصب . [6]

كما نقول: من غصب خشبه فأدخلها في بنائه لزمه نقض البناء وإخــراج الخشــبة وردَّها إلى صاحبها، ولزمه مؤونة النقض والرَّدِّ ،كذلك إذا نقل المغصوب إلى بلــد آخر لزمه ردَّه ومؤونة الردِّ عليه [7] .

إذا ثبت هذا :فإن كان اختلاط الماء به لم ينقص قيمته [8] ولا يخــاف نقصانــه في الثَّاني [9] فإنَّه يردُّه ولاشيء عليه .[10]

---

[1] وقال الماوردي : (ففيه وجهان كما لو اختلط بمثل زيته:
أحدهما :أنَّ القول قول الغاصب ؛لاستهلاك زيته بالاختلاط وله العدول به إلى المثل من غيره .
الثاني : أنَّ القول قول المغصوب منه لوجود عين ماله فيه.......) الحاوي ١٨٧/٧.

[2] انظر/ المهذب ٢٠٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ٣٨.

[3] مما ليس من جنسه ولا يمكن التمييز بينهما .

[4] وهو المنصوص ،وفي وجه يكون شريكاً وقيل هو على القولين .
انظر/ الحاوي ١٨٨/٧، والمهذب ٢٠٣/٢،التنبيه ص١١٥، الوسيط٤١٤/٣،البيــان ٤٧/٧-٤٨، فتــح العزيز ٤٦٤/٥ ، الروضة ٥٣/٥-٥٤.

[5] مما ليس من جنسه ويمكن التمييز بينهما . البيان ٤٧/٧

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٩،فتح العزيز ٤٦٥/٥، الروضة ٥٤/٥.

[7] وستأتي تفصيل هذه المسألة في ص٢٠٨.

[8] أي في الحال .

[9] أي في المآل .

[10] انظر/ الأم٢٩٠/٣، التهذيب صـــ ٤٩٦،البيان ٤٨/٧.

وإن كان تنقص قيمته فيما بعد ففيه قولان :-

أحدهما :يكون كالمستهلك ويجب عليه مثل زيته .[1]

والثاني :يردُّه وأرش ما نقص من قيمته، فإن حدث بعده نقصان رجع به عليه.[2]

فإذا قلنا :بالأول ،فوجهه أنَّ ما ينقص منه في الباقي غير مضبوط ،وإذا كلفنا أن يرجع بالمطالبة كلَّما نقص أدَّى إلى المشقة ،فالزمنا الغاصب مثل زيته [3] .

وإذا قلنا: يلزمه ردُّه وأرش مانقص في الحال ،فوجهه أنَّه عين ماله ناقصاً فهو بمنزلة أن يغصب ثوباً ويلبسه فتنقص قيمته فيلزمه ردُّه ومانقص فكذلك هاهنا [4] .

ومن قال : بالأوَّل فرَّق بينه وبين الثوب، بأنَّ الثوب قد استقرَّت الجناية عليهم وتناهى نقصانه ،وليس كذلك الزيت يمسُّه الماء ؛لأنَّ نقصانه غير متناهٍ فأفترقا [5] والله أعلم .

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٩،البيان ٤٨/٧.

[2] وهذا القول حكاه الربيع :-

انظر/ الأم ٢٩٠/٣، بحر المذهب ٩/ل ٣٩.

- قال الرُّوياني: (ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد .....

ومن أصحابنا من قال : أحد القولين هاهنا أنَّه يجعل كالمستهلك ويجب عليه بدله .....

وقال بعض أصحابنا أحد القولين أنَّ المالك بالخيار بين أن يسترده ويضمنه النقص ولا شيء عليه في زيادة نقصان توجد بعده ،وبين أن يتركه به ويرجع بمثله وما تقدم أصح من هذين الطريقين). بحر المذهب ٩/ل ٣٩.

[3] وبنحوه في البيان ٤٩/٧.

[4] المرجع السابق.

[5] المذهب ٩/ل ٣٩.

فــــرع

إذا غصب طعاماً فخلطه بطعام آخر أجود منه ،أو أردأ منه ،أو مثله فهو بمنزلة خلط الزيت، [1] ولا فرق بينهما. [2]

وجملته أنَّ الشَّافعيّ جعله في الغصب بمنزلة الاستهلاك، فأوجب على الغاصب البدل في ذمَّته، وخيَّره في الأجود بين أن/ يعطيه من عينه مثل مكيلته ،وبين أن يعطيه من غيره مثل طعامه ،وكذلك إذا خلطه بمثله. [3]

/٥

فأمَّا إذا خلطه بأدنى منه ،فإنَّه يلزمه مثل مكيلته من طعام مثله ،ولا يجوز أن يعطيه من عينه ؛ لأنَّه أدنى من حقه ،فإن اتفقا عليه جاز . [4]

وفي الجميع قول مُخَرَّج أنَّه شريك، فيباعان في الأجود، وفي الأردأ ويقسم الثمن على قدر القيمتين ،وفي المثل يقسم بينهما نصفين. [5]

وهذا جملة ما ذكرنا في الزيت ومختصره . [6]

وإن خلطه بشعير ،أو ذرة، أو دخن ،أو حمص ،أو عدس وجب على الغاصب تمييزه وردُّه على المغصوب منه ؛لأنَّ ذلك ممكن . [7]

وإن خلطه بنوع من الحنطة ويمكن تمييزه –لأنَّ أحدهما صغار الحب والآخر كباره – وجب تمييزه ،وكان عليه أجرة من يميِّزه ويخلصه [8] على ما تقدَّم بيانه. [9]

---

[1] أنظر/ المهذب ٢/٢٠٢،بحر المذهب ٩/ل ٣٩، الوسيط ٣/٤١٤.

[2] تقدم في صـــ ١٨٥ وما بعدها.

[3] انظر/ الأم ٣/٢٩٠، ومختصر المزني صـــ١٢٩.

[4] انظر/ المرجع السابق .

[5] انظر/ فتح العزيز ٥/٤٦٤، الروضة ٥/٥٣.

[6] كما تقدم في صـــ١٨٥ وما بعدها

[7] انظر/ المهذب ٢/٢٠٣. بحر المذهب ٩/ل ٣٩،والتهذيب صـــ٤٩٦،البيان ٧/٤٨، فتح العزيز ٥/٤٦٤-٤٦٥.

[8] انظر/ المراجع السابقة.

[9] في بداية الفرع .

[١٩] مسألة

قال الشّافعيّ : (وَلَوْ أَغْلاهُ عَلَى النَّارِ أَخَذَهُ وَمَا تَنْقُص [١] مكِيَلَتُهُ ،أَوْ قِيمَتُهُ).

وهذا كما قال.

إذا غصب زيتاً وأغلاه على النار فلا يخلو من أربعة أحوال :-

إمَّا أن لا تنقص مَكِيلته ولا قيمته ، أو تنقص مكيلته ،أو تنقص قيمته ،أو تنقصا جميعاً .

فإن لم تنقص مكيلته ولا قيمته ردّه ولاشيء عليه ،وما أحرقه من الحطب ،وأتلفه من العمل فهو هدر لاضمان على المغصوب منه. [٢]

وإن نقصت مكيلته دون قيمته [٣] أن يتم المكيلة، وما يحصل له من زيادة القيمة للمغصوب منه لا حق للغاصب فيها . [٤]

وإن نقص قيمته دون مكيلته لزمه ما نقص من قيمته. [٥]

---

[١] في المطبوع (فنقصت) صـ١٢٩.

[٢] انظر/ الأم ٣/ ٢٩٠،الحاوي ٧/ ١٨٨،بحر المذهب ٩/ل ٤٠.

[٣] لعل هنا سقط وتقديره (لزمه).

[٤] انظر/ الحاوي ٧/ ١٨٨،بحر المذهب ٩/ل ٤٠، والتهذيب صـ٤٩٦.

وهو أصح الوجهين ؛لأنّ زيادة قيمة المغصوب لا يملكها الغاصب .الحاوي ٧/ ١٨٨.

وانظر/الروضة ٥/ ٤٢،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/ ٢٨٩.

-والثاني :أنّه يجبر النقص في المكيلة بزيادة القيمة فلو زادت قيمة المغلي الباقي بمثل ما نقص من مكيلته ردّ الباقي ولاشئ عليه .

انظر/الحاوي ٧/ ١٨٨ ،الوجيز ١/ ٢١١،الروضة ٥/ ٤٢، نهاية المحتاج ٥/ ١٧٩، مغني المحتاج ٢/ ٢٨٩ قال الرُّوياني عنه: (ليس بشيء) بحر المذهب ٩/ل ٤٠.

[٥] انظر/ التهذيب صـ ٤٩٦، الروضة ٥/ ٤٢، مغني المحتاج ٢/ ٢٩٠.

قال الماوردي بعد ذكره هذا الضرب : (فهذا على ضربين :-

أحدهما :أن يكون نقصانه منتهياً لا يحدث بعده نقص آخر غيره فهذا يسترجع من الغاصب مغلي مع أرش النقص........

والثاني :أن لا يكون النقص قد انتهى لحدوث نقص آخر بعد فهذا على ضربين :

وإن نقصت المكيلة والقيمة لزمه أن يتم المكيلة وما نقص من القيمة. [1]

وأمَّا إذا غصب عصيراً فأغلاه فنقصت مكيلته فقد أختلف أصحابنا فيه:-

فمنهم من قال :هو كالزيت .[2]

ومنهم من قال: لا يجب ما نقص من المكيلة؛ [3] لأنَّ النار تَعْقِد [4] العصير حتى يصير رُبّاً [5] وأجزاؤه موجودة فيه، وإنَّما ذهب ما فيه من المائيَّة التي لا قيمة لها ، [6] وكذلك يزداد حلاوة بالإغلاء ،ويخالف الزَّيت ؛لأنَّ النار تأكل منه وتذهبه ولا تعقده .[7]

أحدهما: أن يكون ما انتهى إليه من النقص الثاني محدود ،فليس له إبدال الزيت بغيره وينتظر حدوث نقصان فيرجع به ....

والثاني : أن يكون ما ينتهي إليه من النقص الثاني غير محدود ففيه وجهان :

أحدهما : أن للمغصوب إن شاء أن يرجع على الغاصب بمثله لما في استيفائه إلى انتهاء النقص المجهول من شدة الإضرار ،وفوات الانتفاع ،وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة.

والوجه الثاني :أنّه لا بدل له ؛لأنَّ دخول النقص المجهول على الأعيان يمنع من أن يكون كالاستهلاك في الغرم ....) الحاوي ٧/١٨٨-١٨٩ باختصار .

[1] انظر/الحاوي ٧/١٨٩، بحر المذهب ٩/ل ٤٠، ٥/٤٤٩.

[2] وبه قال أبو علي الطبري انظر/ المهذب ٢/٢٠٠،بحر المذهب ٩/ل ٤٠، الروضة ٥/٤٢.

[3] وبه قال ابن سريج ،انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤١،والتهذيب صـ٤٩٧،الوجيز ١/٢١١
-وهو الأصح كما في المهذب ٢/٢٠٠، الروضة ٥/٤٢،وجزم به الشربيني في مغني المحتاج ٢/٢٩٠.

(٤)عقدَ العسلُ والعصير ونحوُهما يَعْقِدُ و انعَقَدَ و أَعْقَدْتُه فهو مُعْقَدٌ و عَقِيد: غَلُظَ.
لسان العرب ٣/٢٩٨.

[5]هو من الرُّبّ وهو دِبْسُ كل ثَمَرَة، وهو سُلافةُ خُثارَتِها بعد الاعتصار والطَّبْخ؛ والجمع الرُّبُوبُ و الرِّبابُ؛ ومنه: سقاءٌ مَرْبُوبٌ إذا رَبَبْته أي جعلت فيه الرُّبَّ، وأَصْلَحتَه به؛ و ارْتُبَّ العِنَبُ إذا طُبِخَ حتى يكون رُبّاً يُؤْتَدَمُ به.
لسان العرب ١/٤٠٥،و انظر/ مختار الصحاح ص٢٢٨.

[6]انظر/ الوجيز ١/٢١١.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤١،المهذب ٢/٢٠٠،التهذيب صـ ٤٩٧.

[٢٠] مســــألــة

قال : (وَكَذَلِكَ لَوْ خَلَطَ دَقِيقاً بِدَقِيقٍ فَكَالزيْتِ).[1]

وهذا كما قال .

اتفق أصحابنا على أنَّ المراد بقوله (فكالزيت) في وجوب ضمانه ،ووجوب بدله في ذِمَّته ،ولم يُرِدْ به كيفية البدل ؛لأنَّ البدل في الزيت مثله ،وفي الدقيق قيمته من نقد البلد[2].

فإذا ثبت هذا فعلى قوله في الغصب كالمستهلَك [3]،ويلزمه قيمة الدقيق المغصوب. وعلى قوله في الغصب يكون شريكاً فيه ،ويباعان فيقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين، [4] وإن كانت/ قيمتهما سواء فتقسم بينهما نصفين، [5] ولا يجيء فيه أن نقسم الدقيق بينهما وإن كانت قيمتهما واحدة [6] ؛لأنَّ بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز،[7] ويخالف الزيت في ذلك؛ لأنَّ بيع الزيت بالزيت متماثلين يجوز [8] ،فإذا

ه/ل/٢٤٤أ

---

(1) مختصر المزني ١٢٩.

(2) والصحيح أنَّ الشَّافعيّة اختلفوا في الدقيق أهو مثلي أم لا ؟ على وجهين :-

أحدهما :وهو قول ابن سريج أنّه كالزيت، له مثل ،وهو ظاهر نص الشَّافعيّ ؛لأنَّ تفاوته في النعومة والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة بصغر الحب وكبره قال الرُّوياني ((وهو الصحيح))بحر المذهب ٩/ل ٤٣.

والثّاني :وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة والشيخ أبي حامد ،وابن الصباغ ،وأكثر الشَّافعيّة . أنَّ الدقيق لا مثل له ؛لأنّه يتفاوت تفاوتاً كبيراً .

انظر/ الحاوي ١٩٠/٧،بحر المذهب ٩/ل ٤٣،البيان ٤٩/٧،والمهذب ٢٠٣/٣. الروضة ٥٣/٥.

(3) كما تقدم في صفحة ١٨٥-١٨٦-١٨٧.

(4) انظر /الحاوي ١٩٠/٧،المهذب ٢٠٣/٢،فتح العزيز ٤٦٤/٥.

(5) أي يقسم الثمن بينهما على قدر نسبة القيمة.

(6) انظر/ البيان ٤٩/٧.

(7) وحكى الكرابيسي عن الشَّافعيّ الجواز قال العمراني في البيان (ولا يعرف ذلك للشافعي في شيء من كتبه).البيان ٤٩/٧.

(8) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٣،فتح العزيز ٤٦٤/٥.

خلط الزيت بمثله قُسِم بينهما على هذا القول ،ويباع الدقيق المخلوط ،ونقسم الثمن بينهما، هذا إذا قلنا: إنَّ القسمة بيع .[1]

فأمَّا إذا قلنا: إنَّ القسمة فَرْز[2] النصيبين جازت القسمة ،كما يجوز قسم الرُّطب والعنب وسائر الفواكه على هذا القول.[3]

---

[1] إن كان في القسمة رد فهو بيع؛ لأنَّ صاحب الردَّ بذل المال في مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضاً، وإن لم يكن فيها رد. ففيه قولان :

أحدهما: أنَّها بيع وهو الأظهر عند البغوي ؛لانَّ كل جزء من المال مشترك بينهما، فإذا أخذ نصف الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه .

والقول الثاني: أنَّها فرز النصيبين ،وتمييز الحقين وهو الأظهر عند الغزالي وعليه الفتوى عند صاحب العدة ؛ لأنَّها لو كانت بيعاً لم يجز تعليقه على ما تخرجه القرعة ولأنَّها لو كانت بيعاً لافتقرت إلى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة ولما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع.

قال النووي : (قلت أشار الرافعي في المحرر إلى اختيار الإفراز ،فإنَّه قال فيه قولان: ذكر أن الفتوى على الإفراز هذا كلامه ،فالمختار ترجيح الإفراز والله أعلم)الروضة ١١/٢١٤.

و انظر/ المهذب ٣/ ٤٠٥، الوجيز ٢/٢٤٩.

[2] الفرز: مصدر فرزت الشيء أفْرِزه فرزاً إذا عزلته عن غيره وميزته والقطعة منه فرزة بالكسر . النظم المستعذب ٣/٤٠٥.

[3] انظر/ الحاوي ٧/١٩٠،بحر المذهب ٩/ل ٤٣،البيان ٧/٤٩،فتح العزيز ٥/٤٦٤، الروضة ٥/٥٣.

[٢١] مسألة

قال: (وَإِنْ كَانَ قَمْحاً فَعَفِنَ[١] [عِنْدَهُ][٢] رَدَّهُ وَقِيمَةَ مَا نَقَصَهُ).[٣]

وهذا كما قال.

إذا غصب حنطة فعفِنت ،أو بلّها بالماء ،فإن كان قد بلّها بالماء نظر فيه :-

فإن كان قد تناهى نقصانها [٤] ردّها وما نقص من قيمتها. [٥]

وإن لم يكن قد تناهى نقصانها ففيه قولان :-

أحدهما :يردّها وما نقص من قيمتها ،ويرجع عليه بما يحدث من النقصان، كلما حدث .[٦]

والثّاني :يردُّ مثلها، كما قلنا في الزيت إذا خلط بالماء .[٧]

---

[١] عَفِنَ الشيء عفناً من باب تَعِبَ ،فسد من نُدُوَّة أصابته ،فهو يتمزق عند مسِّه وعفن اللحم تغيرت ريحه ،وتعفن كذلك فهو عفن بيِّن العفونة ومتعفن ،ويتعدى بالحركة فيقال عفَّنته أعفنه من باب ضَرَبَ ،وأعفنته بالألف وجدته كذلك (المصباح المنير صـ ١٥٩).و انظر/ مختار الصحاح صـ٤٤٢.

[٢] [عِنْدَهُ] زيادة من المختصر المطبوع صـ ١٢٩.

[٣] مختصر المزني صـ ١٢٩.وفيه (ما نقص).

[٤] أي استقر نقصانها ،بأن جففها ،وعلم أنّها لا تنقص بعد ذلك.

انظر/ البيان ٧/٢٤.

(٥) لأنّها نقصت بفعله .

انظر/ الأم ٣/٢٩٠،الحاوي ٧/١٩١ ،بحر المذهب ٩/ل ٤٢،البيان٧/٢٤،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٤٥.

-وفي قول يتخير المالك بين أن يطالبه بالمثل ،أو يأخذ الحنطة المبلولة،ويغرمه الأرش .الوسيط ٣/٤٠٢.

-والأصح ما ذكره المؤلف انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٢، الروضة ٥/٣٤.

[٦] وهو اختيار الإمام ،والبغوي .

انظر/ فتح العزيز٥/٤٣٩، الروضة ٥/٣٣.

[٧] وبه قال ابن سريج ،وهو الأظهر عند العراقيين ،ورجَّحه الرافعي في المحرر). الروضة ٥/٣٣

والثّالث:يتخيَّر المالك بين موجب القولين،واختاره الشيخ أبو محمد ،والمسعودي.

والرَّابع يتخيَّر الغاصب بين أن يمسكه ويغرمه ،وبين أن يرده مع أرش النقص.

انظر/البيان ٧/٢٤، فتح العزيز ٥/٤٤٠، الروضة ٥/٣٣،نهاية المحتاج ٥/١٧٤.

هذا في النقص بالماء .

فأمَّا نقص العفُونة [(١)] فهو مضبوط فيكون على قول واحد أنَّه يردُّها وما نقص من قيمتها قولاً واحداً [(٢)] ، وما يحدث بعد ذلك فليس بمضمون عليه ؛لأنَّه ليس من فعل الغاصب ،وليس كذلك نقصان الماء ؛فإنَّ ما يحدث هو من فعل الغاصب فيكون مضمون عليه؛ ولهذا خُرِّج على قولين.والله أعلم بالصَّواب.

[(١)] أي إذا عفن الطعام في يد الغاصب لطول المكث .

انظر/ البيان ٧/٢٤.

[(٢)] ونقل اختيار المصنف له العمراني في البيان ٧/٢٤.

وهو اختيار ابن الصباغ وهو الأصح.

وفي طريق آخر هو كبلِّ الحنطة وهو قول الشيخ أبي حامد .

وانظر/البيان ٧/٢٤. فتح العزيز٥/٤٤٠،الروضة ٥/٣٤، نهاية المحتاج ٥/١٧٦.

بسم الله الرحمن الرحيم

[٢٢]مسـألـة

قال : (وَإِنْ غَصَبَهُ ثَوْبَاً وزَعْفَرَاناً فصَبَغَهُ بِهِ فَرَبُّهُ بِالْخَيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ ،وَإِنْ شَاءَ قَوَّمَهُ أَبْيَضَ وَزَعْفَرَانَهُ صَحِيحاً وَ[ضَمَّنَهُ] قِيمَةَ [1] مَا نَقَصَ).[2]

وهذا كما قال.

إذا غصبه ثوباً وزعفراناً،ثم صبغ الثوب بالزعفران ،فإن كان قيمتهما لم تنقص ولم تزد بالصِّبغ ردّهما ولا شئ عليه .

وإن زادت ،فكذلك ،وتكون الزيادة للمغصوب ولاحقَّ للغاصب فيها. [3]

وإن نقصت بالصِّبغ كان المغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ الثوب مصبوغاً ولا يُقوِّم؛لأنَّ القدر الذي نقص حقٌّ له فكان له أن يسقطه ،ولا يطالب الغاصب به وبين أن يقومه حتى يعرف القدر الذي نقص بالصِّبغ فيقوم الثوب أبيض وزعفرانه صحيحاً، ويقومه مصبوغاً ويرجع بما بين القيمتين .[4]

---

[1] زيادة من المختصر المطبوع [ضمنه]صـ١٢٩.

[2] مختصر المزني صـ١٢٩.

[3] انظر/ الأم ٣/٢٩٠،الحاوي ٧/١٩٦،بحر المذهب ٩/ل ٤٤.

[4] انظر/ المراجع السابقة.

فــرع

ذكر الشَّافعيّ في الأم :أنّه إذا غصب دقيقاً وعسلاً وسمناً فعقده [1] كـــان صاحبــه بالخيار إن شاء أخذه ،وإن شاء قوَّمه.[2]

ه/ل وتفصيل ذلك على ما ذكرنا في الثوب والزعفران إذا لم يـــزد و لم ينقـــص ،أو/ زاد ونقص.[3] والله أعلم

---

[1] كذا (فعقده) وفي المختصر صـ١٢٩ (فعصده)والمعنى واحد بمعنى أبرمها ولواها وقلبها ببعضها يقـــال عَصَدَه ،يَعْصِدُه :لواه ،كأَعْصَدَه،ومنه العصيدة سميت بلك ؛لأنّها تُعْصد أي تقلب وتلوى ،يقال عصدتهـــا عصداً من باب ضرب إذا لويتها وأعصدتها بالألف لغة .

انظر/ القاموس المحيط صـ٢٧١،والمصباح المنير صـ ١٥٧

[2] انظر/ الأم ٣/٢٩٠.

[3] كما تقدم في الصفحة السابقة.

فــصل

إذا غصب من رجل شاةً فذبحها لم يَزُل ملك المغصوب منـــه عنــها، ولا يملكــها الغاصب بالذَّبح ،وكذلك إذا ذبحها وشواها ،وعليـــه ردُّهـــا وأرش مـــا نقصــت بذلك ،فتقوَّم حيَّة ومشويَّة ويَغْرَم ما بين القيمتين ،وكذلك فيما عدا الشاة.

وجملته أنَّ عندنا لا يملك الغاصب المغصوب بتغييره. [1]

وقال أبو حنيفة:إذا ذبح الشاة لم يملكها، [2] فإن شواها ملكها ووجب عليه دفـــع قيمتها إلى صاحبها. [3]

وقال :إذا طحن الدقيق ملكه وله أن يصرف ذلك في الصدقة قبل دفـــع قيمتـــه ولا يصرفه في غيره؛ فإذا دفع القيمة كان له أن يتصرَّف فيه بوجوه التصرُّف كلها. [4]

وعلى أصل أبي حنيفة لو دخل رجل دار رجل فأخذ حنطة لـــــه فطحنـــها في داره برحاه ،وأخذ جملاً له فذبحه وشواه ، فجاء صاحب الـــدار ليـــأخذ منـــه الدقيـــق والشاة [5] كان للغاصب أن يمنعه من أخذه، ويدفعه بما قدر عليه من وجوه الدفع،

---

[1] انظر/ الأم ٣/٢٨٠-٢٨١،والإقناع لابن المنذر ٢/٧١١، والمهذب ٢/١٩٨،الحاوي ٧/١٩٤،وتخريج الفروع على الأصول ١٠٦-١٠٧.

[2] فللمغصوب منه أن يضمنه قيمتها إن شاء ،وإن شاء أخذ المذبوح مسلوخاً كان ،أو غير مسلوخ وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية ،وهي الأصح ،وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة ،لا يضمنه شـــيئاً ؛لأنَّ الذبح والسلخ في الشاة زيادة. انظر/ المبسوط١١/٨٦،ورد المحتار٥/١٢٣.

[3] لا خلاف بين الحنفية في أنَّه إذا أدَّى الضَّمان حل له الأكل ،وكذلك إذا أبرىء عن الضَّمان،وإذا ضمَّنه المالك القيمة أو ضمَّنه القاضي .

- أمَّا إذا لم يؤدِّ الضَّمان فهل يباح له الانتفاع أم لا ؟.

روي عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن : لا يحل له الانتفاع حتى يودي القيمة أو يرضى صاحبه .

وقال أبو يوسف : يحل له الانتفاع قبل أداء الضَّمان .

انظر/ بدائع الصنائع ٦/١٤٠-١٤١ .تكملة فتح القدير٩/٣٣٣

[4] وفيه الخلاف السابق عند الحنفية.

انظر/ المبسوط١١/٨٦-٨٧،وعيون المسائل في فروع الحنفية صـــــ١١٩ ومختصـــر اختـــلاف العلمـــاء ٤/١٨١،رؤوس المسائل صـــ٣٥٥-٣٥٦.

[5] كذا في المخطوط ولعل الصواب (الشواء)أي المشوي بدلالة السياق .

ولو أدّى ذلك إلى قتله ،ولا ضمان عليه ؛لأنّه ملك الدقيق بالطحن ،والجمل بالشيء فإذا دفع عنه بما يدفع عن ملكه ،فلا يلزمه ضمان الدفع .

واحتجَّ من نصر مذهبه: بما روي أنَّ النَّبي ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم فقدموا إليه شاة مشويَّة فتناول منها لقمة فجعل يلوكها[1] ولا يبلعها فقال : ((**إنَّ هذه الشاة تخبرني أنَّها أخذت بغير حقٍّ**)).

فقالوا: نعم يا رسول الله طلبنا في السوق شاة فلم نصب فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها .

فقال النبي ﷺ: ((**أطعموها الأسرى**)) .[2]

---

[1] أي يَمْضَغُها ،واللوك إدارة الشيء في الفم ،وقد لَاكه يَلُوكه لَوكاً .(النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٧٨/٤).

[2] والحديث رواه أبو داود في كتاب البيع باب في اجتناب الشبهات عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على القبر يوصي الحافر: أوسع من قبل رجليه. أوسع من قبل رأسه، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء ،وجيء بالطعام فوضع يده، ثم وضع القوم فأكلوا ،فنظر آباؤنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمة في فمه ثم قال: (أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها))فأرسلت المرأة قالت يا رسول الله: إنِّي أرسلت إلى البقيع يشتري لي شاة، فلم أجد ،فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة أن أرسل إلي بها بثمنها ،فلم يوجد فأرسلت إلى امرأته فأرسلت إلي بها ،فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((أطعميه الأسارى)) ٢٤٤/٣ برقم (٣٣٣٢)

والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الغصب باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً جني عليه إلا أن يشاء هوالمالك. عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبيه عن رجل من مزينة قال: صنعت امرأة من المسلمين من قريش لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً ،فدعته وأصحابه، قال فذهب بي أبي معه ،قال :فجلسنا بين يدي آبائنا مجالس الأبناء من آبائهم ،قال: فلم يأكلوا حتى رأوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل، فلما أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم لقمة رمى بها، ثم قال((إنِّي لأجد طعم لحم شاة ذبحت بغير إذن صاحبها)) فقالت: يا رسول الله أخي وأنا من أعزِّ الناس عليه ،ولو كان خيراً منها لم يغير عليّ، وعليٍّ أن أرضيه بأفضل منها، فأبى أن يأكل منها وأمر بالطعام للأسرى. ٩٧/٦-٩٨.

ورواه عن أبي موسى أبو حنيفة في مسنده ص١٨٩.

والطبراني في المعجم الأوسط ١٦٨/٢ ،

والهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ١٧٣ قال : (وفيه بشر المريسي وهو ضعيف)

فدلّ أنّ ملك صاحبها قد زال عنها بتغيُّر صفتها .[1]

ومن القياس: أنّه فعل بالمغصوب ما أزال به اسمه ومعظم منفعته ،فوجب أن يــــزول بذلك ملك المغصوب منه،[2] كما إذا غصب شاة وقتلها من غير ذكاه .[3]

ودليلنا:

قول النبي ﷺ ((**على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه**))[4] ولم يفرَّق بين أن يكون قد غيَّر ما أخذت اليد ،أو لم يغيِّر .

وقوله عليه السلام ((**لا يحلُّ مال أمري مسلم إلا بطيب نفس منـــه**))[5] ونفــس المغصوب منه ما طابت بالمغصوب، فوجب أن لا يحلّ للغاصب.

ومن القياس: أنّ كلّ ما لو فعله الإنسان في ملكه لم يزل به ملكه ،فــإذا فعلــه في ملك غيره وجب أن لا يملكه به ؛[6] أصله إذا ذبح الشاة ولم يشوها .[7]

وصحح إسناده النووي في المجموع٥/٢٨٦و الزيلعي في نصب الراية ٤/١٦٨،والألباني في أحكام الجنـــائز صـــ١٨٢.

وفي العلل للدارقطني : (فقال يرويه عاصم بن كليب ،واختلف عنه فرواه أبو يوسف القاضي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى ووهم فيه ،والصواب عن عاصم بن كليب عن أبيه عـــن رجل من الأنصار عن النبي صلى الله عليه وسلم ،وكذلك رواه أبو عاصم عن أبي حنيفة، وكذلـــك رواه سعيد بن سلمة وعبد الله بن إدريس وجرير وعبد الواحد بن زياد عن عاصم)٦/٢٢٠.

[1] قال الزيلعي في نصب الراية (ووجه الحجة أنّ ملك صاحبها زال عنها بذلك ،ولولا ذلك لكان يـــأمر بردها عليه)٤/١٦٨.

وانظر/ المبسوط ١١/ ٨٦ ،مختصر اختلاف العلماء ٤/١٨٢.

[2] بدائع الصنائع ٦/١٤٠-١٤١،رؤوس المسائل صـــ٣٥٥-٣٥٦،طريقة الخـــلاف في الفقــه ٢٦٤-٢٦٥،وتكملة فتح القدير ٩/٣٣٤.

[3] الذكاه :هي قطع كل الحلقوم والمريء (مغني المحتاج ٤/٢٦٥)

[4] تقدم تخريجه صـــ٩٠.

[5] تقدم تخريجه صـــ٨٨.

[6] انظر/ المهذب ٢/١٩٨،الاصطلام٤/١٣٠،البيان ٧/٢٣.

[7] فلا يزول ملك المغصوب منه عن الشاة عند الحنفية كما تقدم في الصفحة السابقة.

وأيضاً فإنَّه غيَّرَ المغصوب بفعل تعدَّى به فوجب أن لا يملكه به؛ [1] الدليل عليه ما ذكرنا ،ولا يدخل عليه إذا غصب زيتاً فخلطه بزيتٍ له أجود منه؛لأنَّ على القول الذي خرجه أصحابنا مما نصَّ عليه في التفليس يكون المغصوب منه شريكاً ولا يملكه /الغاصب .

/٥

وإن قلنا :بما نصَّ عليه في الغصب، لم يدخل عليه أيضاً؛لأنَّ الزيت على ملك المغصوب منه حتى يقبض بدله،فإذا قبض بدله حينئذ ملكه [2] ،وإنَّما ملَّكناه بدفع بدله ؛لأنَّه اختلط به اختلاطاً لا يمكن تمييزه منه بحال .

ولا يدخل عليه أيضاً الخيط إذا خاط به جرح حيوان ؛لأنَّه لا يملكه بالتغيير وإنَّما يملكه بدفع بدله، فيكون باقياً على ملكه حتى يقبض البدل؛[3] ويدلُّ عليه أنَّه لو كان مَلَكه بالتغيير لوجب أن يكون له التصرُّف فيه من جميع الوجوه و لم يقف على وجه واحد وهو الصدقة ؛[4] لأنَّ كلَّ من ملك إزالة الملك فيه من وجه ملك إزالته من جميع الوجوه .

فأمَّا الجواب: عمَّا احتجوا به من الخبر [5] فهو أنَّ الذي نقلتم فعل النبي ﷺ فيحتمل أن يكون أمر بذلك ؛لأنَّ الأسرى كانوا مضطرين إليه ،والمضطرُّ [6] إلى الطعام يحلُّ له تناول طعام الغير بلا إذنه [7] ،فإمَّا أن يتوقف فيه حتى يتبين المعنى الذي

---

[1] إنظر/ البيان ٢٣/٧.

[2] تقدم في صـ ١٨٥-١٨٦.

[3] وسيأتي مزيد تفصيل لمسألة الخيط إذا خاط به جرح حيوان .

[4] انظر/ بدائع الصنائع ١٤٩/٦،تكملة فتح القدير ٣٣٥/٩

[5] وهو قوله ﷺ في الشاة المذبوحة المشوية ((أطعموها الأسرى)).

[6] المضطر :الملجأ إلى مقدوره ،لدفع ضرر متوقع بتقدير عدم المقدور الملجأ إليه . (الأشباه والنظائر للسبكي ٧/٢.

[7] انظر/ الإقناع لابن المنذر ٦٣٠/٢،البيان ٢٣/٧.

-قال البيهقي في السنن الكبرى (وهذا ؛لأنَّه كان يخشى عليه الفساد وصاحبها كان غائباً فرأى من المصلحة أن يطعمها الأسارى والله أعلم ثم يضمن لصاحبها.)٩٧/٦

لأجلـــه أمـــر بإطعامـــهم إيَّاهـــا،أو يحمـــل ذلـــك علـــى حالـــة الاضطرار [1] بدليل ما ذكرناه.

وأمَّا الجواب عن قياسهم على الشاة إذا قتلها فهو أنَّه :يبطل بالشاة وبالناقة وبـــالبقرة إذا ذبحها [2] ؛لأنَّ الذبح يسقط الانتفاع بها في الدَّر [3] والنَّسل والحرث والحمـــل وذلـــك معظم منافعها، على أنَّا لا نسلِّم أنَّ الاسم قد زال ؛لأنَّها تسمى الشاة بعد الذبح والشـــيّ فيقال شاة مشويَّة [4] وقد قال الله تعالى: ﴿فَمَا لَبِثَ أَن جَآءَ بِعِجْلٍ حَنِيذٍ [5]﴾.[6]

فإن قيل: يزول بالاسم الحيوان .

قلنا: فينبغي أن يملكها بالذَّبح ؛لأنَّ اسم الحيوان يذهب به،ثم المعنى في الأصل أنَّ القتل من غير ذكاه لو فعله في ملكه زال به ملكه، [7] فإذا فعله في ملك غيره زال بـــه الملـــك ،أو المعنى فيه أنَّه أتلفها بالقتل ،وإذا ذبحها وشواها فما أتلفها ؛فلهذا لم يزل الملك به.

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٤.

[2] انظر/ طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف صـــ٢٦٥،شرح العناية على الهداية ٣/٣٣٥.

[3]الدَّرُّ:اللبن يقال: درَّ اللبن وغيره دراً من باب ضرب وقتل ،كَثُرَ، وشاة دارٌ بغير هاء ،ودَرُور أيضاً،وشياه دُرَّار مثل كافر ،وكفَّار ،وأدرَّه ،صاحبه استخرجه واستدرَّ الشاة إذا حلبها ،والَـــدَّرُ اللـــبن تســـمية لـــه بالمصدر.المصباح المنير ص٧ .

وانظر/ القاموس المحيط ص٣٥٣

[4] انظر/ الاصطلام ٤/١٣٣-١٣٤.

[5] أي ذهب سريعاً فأتاهم بالضيافة وهو عجل فتى البقر حنيذ مشوي على الرضف وهي الحجارة المحمـــاة .(تفسير ابن كثير ٢/٤٣٣)و انظر/ تفسير البغوي١/١٧٨،وتفسير القرطبي ٩/٥٥.

[6] سورة هود آية رقم (٦٩)ونظيرها من سورة الذاريـــات ﴿فَرَاغَ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ فَجَآءَ بِعِجْلٍ سَمِينٍ﴾ [الذاريات:٢٦] وإنَّما نبهنا على ذلك ؛لأنَّ المثبت في المخطوط هو نص آية الذاريات ولكن باستبدال كلمة سمين ،بكلمة حنيذ ،ومراد المصنف آية سورة هود قطعاً ؛ولذلك أثبتناها ؛لأنَّه يريد أن يستدل بها على أنَّـــه لا يزول اسم الشاة عنها إذا ذبحها وشواها فيقال شاة مشوية ،كما يقال((عجل حنيذ))أي مشوي .انظر/ تفسير ابن كثير ٢/٤٣٣.

[7] لأنَّها أصبحت ميتة .

فصـــل

إذا غصب من رجل خشبه فشقّها ،وجعل منها ألواحاً [1] ،وجب عليه ردّ الألـواح ،فإن كانت قيمتها بحالها لم تزد و لم تنقص وجب عليه ردُّ نشـــارهما [2]معـــها ،ولا شيء عليه غير ذلك ،وإن زادت قيمتها ردّها بزيادهما ولاحق للغاصب فيـــها ؛لأنّـــه لاشيء له فيها غير أثر شقّة. [3]

فهو بمترلة الثوب يغصبه ،ثم يقصِّره، فإنّه يردُّه ولا شيء له في مقابلة القِصَارة. [4]

وإن نقصت قيمتها كان عليه ردُّ الألواح ،وأرش ما نقصت الخشبة. [5]

وإن كان قد ألَّف الألواح وجعل منها أبواباً وسمَّرها بمسامير له كان عليه ردُّ الأبـواب ونزع مساميره /منها ،وعليه أرش ما نقص من قيمتها بالقلع ،فينظر كـــم قيمتـــها مُسَمَّرة، وكم قيمتها مفصلة بلا مسامير؟ فيغرم ما بين القيمتين، [6] كمـــا قلنـــا في الثوب إذا صبغه ،فزادت قيمته بالصِّبغ، فإنّ الزيادة تكون بينهما. [7]

د/ل/٥

فإن أراد قلعه كان له ذلك بشرط أن يضمن ما ينقص من قيمة الثوب بلا صبغ قبـل القلع على ما بيَّنّاه في موضعه. [8]

---

[1] ألواحاً :جمع لوْحُ واللَّوْحُ: كلُّ صَفِـيحة عريضة من صفائح الـخشب . لسان العرب٢/٥٨٤.

[2]نَشَرَ الـخشبة ينشُرها نشراً: نَـحتها، وفـي الصحاح: قطعها بالـمِنْشار. و النُّشارة: ما سـقط منه. و الـمنْشار: ما نُشِر به. لسان العرب ٥/٢٠٩.

[3] انظر/ الأم ٣/٢٩١،الإقناع لابن المنذر ٢/٧١٣،والإشراف على مذاهب أهل العلم لابـــن المنـــذر ٢/٥٣٥.

[4] انظر/ الحاوي ٧/١٩٧.

[5]انظر/ الأم ٣/٢٩١،الإقناع ٢/٧١٣،والإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/٥٣٥.

[6] انظر/ الإقناع ٢/٧١٣ ،فتح العزيز ٥/٤٨١، الروضة ٥/٦٧.

[7] تقدم في صـــ١٨٢.

[8] تقدم ص١٨١-١٨٢.

وكذلك إذا غصب منه حبًّا فزرعه ،فإنّ الزرع للمغصوب منه. [1]

وكذلك إذا غصب منه بيضاً فحضنه تحت دجاج ففرخ كان عليـــه ردُّ الفــراخ [2] ؛لأنّه عين ماله [3] ،والردُّ على ما ذكرنا في الزيادة والنقصان.[4]

---

[1] انظر/ الحاوي ١٩٣/٧،المهذب ٢/ ٢٠١-٢٠٢.نهاية المحتاج٥ /١٨١

[2] الفراخ: جمع فَرْخ والفَرْخُ ولد الطائر ،وكل صغير من الحيوان والنبات .(القاموس المحيط صـــ٢٣٣)

[3] انظر/ الحاوي ١٩٣/٧،المهذب ٢/ ٢٠١-٢٠٢.نهاية المحتاج٥ /١٨١

وهو الأصح .

وفي وجه أنّ الزرع والفرخ للغاصب ويغرم المغصوب لهلاكه.

الروضة ٤٥/٥.و انظر/ البيان ٤١/٧.

[4] في بداية الفصل

فصل

إذا غصب نُقْرَة فطبعها [1] دراهم ،فإنَّه يردُّها فإن كانت زادت فيردُّها بزيادتها . [2]

وإن كانت نقصت قيمتها فلم ينقص وزنها فعليه أرش ما نقصت قيمتها .

وإن كانت قد نقصت في وزنها دون قيمتها، فعليه قدر ما نقص في الوزن.

وإن نقصت القيمة والوزن فعليه ما نقصا.[3]

ونقصان القيمة يحصل لرداءة الطبع، فإن كانت النُّقْرة مائة فنقصت درهماً ونقصت قيمتها درهماً ردَّ درهمين أحدهما يكمل به الوزن ،والآخر يكمل به القيمة ؛لأنَّ نقصان القيمة إنَّما هو برداءة الطبع ،وذلك المعنى لا يزول بردِّ الدرهم تكميل الوزن ،وهذا كما قلنا في الزيت إذا غصبه وأغلاه فنقصت القيمة والوزن كان عليه وفاء القيمة والوزن [4] فكذلك هاهنا .والله أعلم.

---

(1) أمَّا النقرة فتقدم ضبطها ومعناها ص ٩٤.

وأما الطبع فهو الختم والطبع مصدر من باب نفع ،وطبعت الدراهم ضربتها .(المصباح المنير صـ١٤٠.

(2) انظر/ فتح العزيز ٤٥٤/٥، الروضة ٤٦/٥

(3) انظر/ الأم ٢٩١/٣،ولإقناع ٧١٤/٢.

(4) كما تقدم في ص١٩٣.

[٢٣] مســــألـــة

قال الشّافعيّ :(وَلَوْ كَانَ لَوْحَاً فَأَدْخَلَهُ فِي سَفِينَةٍ ،أَوْ بَنَى عَلَيْـــهِ جِـــدَاراً أُخِـــذَ بِقَلْعِهِ [١]).[٢]

وهذا كما قال.

إذا غصب منه ساجة [٣] فبنى عليها حائطاً كان عليه ردُّها إلى صاحبها فينقض بنــاؤه ولا يزول ملك صاحبها عنها بالبناء.[٤]

وقال أبو حنيفة :لا يجب عليه ردُّها وإنَّما يَغْرَم لـــــه قيمتـــها ،وهـــذه روايـــة أبي يوسف [٥] ،ومحمد بن الحسن. [٦] [٧]

وقال الكرخي:[٨] إن كان قد بني عليها بناء لا يتصل بملكه كان عليه هدمُه وردُّهـــا ،وإن كان البناء يتصل بملكه فلا يمكنه ردُّها إلا بعد أن ينقض ما ليس بمبني عليها فـلا

---

[١] أُخِذَ بقلعه :أي أجبر على قلعه ،ومنه أخذ الحاكم على يده أي منعه وأجبره .

انظر/ النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٢٠٤/٢.

[٢] مختصر المزني صـــ١٢٩ ،وتمام المسألة فيه : (أو خيطًا خاط به ثوبه، فإن خاط به جرح إنسان أو حيوان ضمن الخيط و لم ينزع).

[٣] السَّاجُ/بالسين المهملة ،وتخفيف الجيم ، خَشَبٌ يجلب من الهند واحدته ساجَةٌ و السَّاجُ شجر يعظـــم جدّاً ويذهبُ طولاً وعرضاً ، يقال السَّاجَةُ للـخشبةُ الواحدة الـمُرَبَّعَةُ كما جلبت من الهند.

انظر/ لسان العرب ٣٠٣/٢، تحرير ألفاظ التنبيه صـــ٢١٠ ،والنظم المستعذب في شرح غريب المـــهذب ٢٠٥/٢.

[٤] انظر/ الأم ٢٩١/٣،المهذب ٢٠٥/٢،الوسيط ٤١٤/٣ ،وحلية العلماء ٢٤٢/٥ ،ومغني المحتاج ٢٩٣/٢.

[٥] تقدمت ترجمته في صـــ١٦٠.

[٦] تقدمت ترجمته في صـــ١٧٩.

[٧] انظر/ المبسوط ٩٣/١١،بدائع الصنائع ١٤١/٦ ،وتكملة شرح فتح القدير ٣٣٩/٩،اللباب في شـــرح الكتاب ١٤٢/٢.

[٨] الكرخي :هو عبد الله بن الحسن بن دلال الكرخي الحنفي ،أبو الحسن ،ولد سنة ٢٦٠،من تصانيفـــه ،المختصر، شرح الجامع الكبير ،وشرح الجامع الصغير ،وتوفي ببغداد في ١٥ شعبان سنة ٣٤٠.

انظر/ ومعجم المؤلفين٢٣٩/٦،هدية العارفين ٦٤٦/١،كشف الظنون ٥٧٠/١-٥٧١

يجب عليه ردُّها مثل أن يبني حول السَّاجة بناء ويضعها في وسطه ،فإنَّه لا يمكنه تخليصها إلا بعد أن ينقض ما ليس بمبنيٍّ عليها فيغرم هاهنا القيمة ويتركها. [1]

وأصحاب أبي حنيفة ينصرون ما حكيناه عن أبي يوسف ومحمد. [2]

واحتجَّ من نصره :

بما روي عن النبي ﷺ أنه قال:/ (**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**)[3] .

٥/ل

وروي(**لا إضرار في الإسلام**). [4]

وإذا كلَّفناه ردَّ الساجة ونقض البناء كان في ذلك إضرار به في البيع ،وإذا صارت بيعاً لملكه وكان في ردِّه إضرار به لم يجب عليه ردُّه ،كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبد له . [5]

---

[1] انظر/شرح مختصر الكرخي للقدوري ،كتاب الغصب ،باب الغصب يتغير بزيادة منه بملك الغاصب أو بعمله ،وهو مخطوط ،والمبسوط ٩٤/١١،بدائع الصنائع ١٤١/٦،وتكملة شرح فتح القدير ٣٣٨/٩.

[2] انظر/ المراجع السابقة .

[3] أخرجه بهذا اللفظ الطبراني في المعجم الأوسط من حديث جابر بن عبد الله ٢٣٨/٥ قال ابن رجب (وهو غريب) جامع العلوم الحكم صـ٣٧٠

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (وفيه ابن إسحاق وهو ثقة ولكنه مدلس).

وابن ماجة بلفظ(لا ضرر ولا ضرار)كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢برقم (٢٣٤٠-٢٣٤١) من حديث عبادة بن الصامت قال البوصيري في مصباح الزجاجة (هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنّه منقطع)٤٨/٣،وابن عباس ومالك في الموطأ مرسلاً٧٤٥/٢.

والدّار قطني ٢٢٨/٤، بلفظ (لا ضرر ولا إضرار) عن ابن عباس و أبي سعيد الخدري .

والطبراني في المعجم الأوسط ٣٠٧/١، عن عائشة بلفظ (لا ضرر ولا إضرار)

وأحمد في المسند ٣١٠/٤ ،و البيهقي في السنن الكبرى عمرو بن يحيى المازني عن أبيه ١٥٧/٦.

والحديث حسنه النووي وقال (وله طرق يقوي بعضها بعضاً) الأربعين النووية المطبوع مع جامع العلوم والحكم صـ٣٦٩ وقال ابن رجب : (هذه الرواية الصحيحة بغير همزة ،وروي (إضرار) بالهمزة ...... وقد أثبت بعضهم هذه الرواية.وقال :ضرّ وأضر بمعنى واحد ،وأنكرها آخرون ،وقالوا :لا صحة لها.) جامع العلوم والحكم صـ٣٧١.وصححه الألباني بمجموع طرقه الإرواء ٤٠٨/٣.

و انظر/ تلخيص الحبير ١٩٨/٤، كشف الخفاء ٤٩١/٢، نصب الراية ٣٨٤/٤-٣٨٥-٣٨٦.

[4] أبو داود في المراسيل بلفظ (لا ضرر في الإسلام ولا ضرار)صـ٢٩٤.

[5] انظر/ المبسوط٩٤/١،بدائع الصنائع ١٤١/٦،والتنبيه على مشكلات الهداية صـ٥٠٨

ودليلنا : قوله ﷺ (**لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**).[1]

وقوله عليه السلام (**على اليد ما أخذت حتى تؤدِّيه**).[2]

وروي عن عبد الله بن السائب بن يزيد [3] عن أبيه [4] عن جده [5] أنَّ النبي ﷺ قال (**لا يأخذنَّ أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً ،ومن أخذ عصا أخيه فليردَّها**).[6]

والتعليق من وجهين :-

أحدهما :من حيث اللفظ؛ [7] لأنَّه أمر بردِّ العصا المغصوبة ،و لم يفرِّق بين أن يكون بنى عليها وبين أن يكون لم يبنِ عليها .

والثاني :من حيث التنبيه؛ [8] لأنَّه إذا وجب ردُّ العصا كان ردُّ الجِذْع ،وما هو أكبر من العصا وأكثر قيمة بالوجوب أولى .[9]

---

[1] تقدم تخريجه في ص٨٨.

[2] تقدم تخريجه في صـ٩٠.

[3] هو عبد الله بن السائب بن يزيد بن سعد بن ثمامة ،حليف بني أمية ،كنيته أبو محمد ،أبوه وجده صحابيان،روى عن أبيه ،وجماعة من التابعين ،وروى عنه أهل المدينة ،مات سنة ١٢٦.
انظر/ سير أعلام النبلاء ٤٣٧/٣.

[4] هو السائب بن يزيد بن سعد بن ثمامة ،يكنى بأبي يزيد الكندي وقيل : الأسدي ،وقيل الليثي ،وقيل الهذلي ، المدني، المعروف بابن أخت نَمِر،ولد في السنة الثالثة للهجرة ،حدث عنه الزهري ،وإبراهيم بن عبد الله بن قارض ،وابنه عبد الله بن السائب ترفي سنة ٩٤،وقيل ٩١،وقيل غير ذلك.
انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢٠٨/١/١،والإصابة ٣٨٤/٢-٣٨٥،سير أعلام النبلاء ٤٣٧/٣.

[5] وهو يزيد بن سعد بن ثمامة ، أسلم يوم فتح مكة وسكن المدينة وهو حجازي روى عنه ابنه السائب
انظر/ الإصابة ٥٠٦/٥-٥٠٧.

[6] تقدم تخريجه صـ٨٨.

[7] أي من منطوق الحديث .

[8] التنبيه: هو فهم غير المنطوق من المنطوق بدلالة سياق الكلام ومقصوده ،ويسمى مفهوم الموافقة وفحوى اللفظ .
انظر/ شرح اللمع ٤٢٤/١، روضة الناظر ١٢٧/٢-١٢٨.

[9] وبنحوه في البيان ٥٨/٧.

ومن القياس: أنّه بنى على ملك غيره ،فوجب أن لا يسقط بذلك حقُّ صاحب الملك ؛الدليل عليه إذا بنى في أرض غيره ،فإنَّ حقَّ صاحب الأرض لا يسقطُ للبناء عليها .[1]

فإن قيل :لا نسلِّم أنَّ الأرض تصير مغصوبة .[2]

قيل له: ونحن لم نتعرض لذلك ولا جرى في علتنا ذكرٌ لغصب الأرض ،فلا يصحُّ هذا الاعتراض .

فإن قيل: المعنى في الأرض أنَّها لا تصير تبعاً للبناء الذي فيها ؛بدليل أنَّه إذا باع البناء لم تدخل الأرض في البيع ليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّ الساجة صارت تبعاً للبناء.

فالجواب :أنَّا لا نسلِّم أنَّ السَّاجة صارت تبعاً ،وإنَّما تكون تبعاً إذا كانت ملكاً له فيتبع أحدهما الآخر إذا كانا في ملك واحد. [3]

وأيضاً فإنَّه مغصوب غير محبوس في يده بعقد، له ردُّه منفرداً عن ملكه ،فإذا امتنع من ردّه وجب أن يجبر عليه؛الدليل على ذلك إذا لم يبنِ عليها . [4]

وقولنا : (غير محبوس في يده بعقد) احتراز منه إذا باع منه المغصوب أو رهنه عنده. [5]

وقولنا : (له ردُّه) احتراز منه إذا غصب خيطاً ،فخاط به جرح عبده وليس له ردُّه منفرداً عن العبد. [6]

---

[1] إذا كانت قيمة البناء أقل من الأرض ،أما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض فإن الغاصب يضمن قيمة الأرض ولا يؤمر بالقلع .

انظر/ تكملة فتح القدير ٣٤٢/٩-٣٤٣،وحاشية ابن عابدين ١٢٢/٥.

-وانظر/ الحاوي ١٩٩/٧،الاصطلام ١٢٤/٤،والإشراف ٥٣٧/٢،والتهذيب صـ٤٥٩.

[2] وقالوا: إن المراد بالغصب المذكور في وضع المسألة هو معناه اللغوي ،وبالغصب المنفي تحققه في الأرض هو المعنى الشرعي ،العناية مع تكملة فتح القرير ٣٤٣/٩-٣٤٤

[3] انظر/ الاصطلام ١٢٨/٤.

[4] انظر/ البيان ٥٨/٧.

[5] انظر/ غنية الفقيه صـ ٢٨٧-٢٨٨.

[6] سيأتي مزيد تفصيل في صـ٢١٨.

وقولنا: (منفرداً عن ملكه) احتراز من الزيت إذا خلطه بزيت له أجود منه فإنّه لا يمكنه تمييزه وردّه منفرداً عن زيته .

وإن ردّ الجميع ففيه وجهان :-

أحدهما :يجبر على قبوله./

د/ل/٢٤٦ب

والثّاني :لا يجبر.[1]

فإذا قلنا: يجبر، فقد احترزنا بقولنا: (منفرداً عن ملكه) .

فإن قيل :لا نسلّم أنّ له ردّه ؛لأنّ في ردّه هذه الساحة نقضاً للبناء وإضاعة للمال ،وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك. [2]

فالجواب :أنّ له نقض البناء إذا كان له فيه غرض صحيح؛ ألا ترى أنّ رجلاً لو بنى داراً فجاء البيت الذي فيها ضيقاً كان له نقضها وإعادة البناء على ما يختاره ؟

فإذا ثبت ذلك فله غرضٌ صحيح في مسألتنا في نقض البناء وردّ الساحة ليتخلّص من المأثم بالاتفاق. [3]

وأيضاً فإنّه يشغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه ،فإذا أمكن تمييزه وجب تمييزه وردّه ؛الدليل عليه إذا غرس في أرض غيره بغير إذنه. [4]

وأيضاً فإنّ حاجته إلى الساحة للبناء عليها لا تبيح غصبها ،فلم يسقط ردُّها كحاجته إلى اللباس من البرد أو الحرّ؛ فإنّه إذا غصب ثوباً فلبسه لزمه ردُّه .

---

[1] كما تقدم في صـ١٨٥-١٨٦.

[2] يشير بذلك إلى حديث المغيرة بن شعبة وفيه (...وكان ينهى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال ...) أخرجه البخاري في كتاب الرقاق باب ما يكره من قيل وقال ٣١٢/١١ برقم(٦٤٧٣) ومسلم في كتاب الأقضية باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة .والنهي عن منع وهات وهو الامتناع من أداء حق لزمه أو طلب ما لا يستحقه . ١٠/١٢برقم(١٧١٥).

[3] انظر/ الاصطلام ١٢٩/٤.

[4] فإنّه يلزمه قلعه .

ولأنَّ الشَّافعيّ لما ناظر [(١)] محمد بن الحسن [(٢)] في هذه المسألة قال: (ليس في ردّ الساحة على صاحبها أكثر من إدخال الضرر على الغاصب بنقض بنائه وذلك لا يمنع الرد؛ ألا ترى أنَّه لو غصب جارية فأولدها أولاداً وعلَّمهم العلم ،وغَرم عليهم الأموال كان عليه ردّهم إذا أقام المغصوب منه البينة على الغاصب؟ فإذا أقام البينة ردَّهم فصاروا أرقاء لصاحب الجارية وعبيداً لهم [(٣)] ،فيبيعهم ويتصرَّف فيهم ،وضرر ذلك على الغاصب أعظم من ضرر نقض البناء ،فإذا لم يمنع ذلك من الردّ فأولى أن لا يمنع ضرره بالنقض من وجوب الردّ). [(٤)]

قال أبو إسحاق :[(٥)] ولأنَّ على الغاصب ردُّ المغصوب ،وإن أُلزم المؤونة في ردّه؛ ألا ترى أنَّه إذا غصب منه طعاماً وحمله إلى بلد بعيد، فإنَّه يكلف ردُّه إلى موضعه ،وإن كان كراء الحمل أضعاف ثمنه ؟، فدلَّ على أنَّه لا اعتبار بما يلزم الغاصب من الضرر والمؤونة في ردّ المغصوب. [(٦)]

فأمَّا الجواب عن الخبر الذي ذكروه [(٧)] فهو مشترك الدَّلالة، فكما لا يحلُّ الإضرار بالغاصب لا يحلُّ الإضرار أيضاً بالمغصوب منه بمنع ملكه وإسقاط حقّه عن عين ماله ،فإذا لم يكن بدٌّ من إلحاق أحد الضررين كان ضرر المغصوب منه بالدفع أولى من ضرر الغاصب ؛لأنَّ الغاصب تعدَّى والمغصوب منه لم يتعدَّ .[(٨)]

فإن قيل :إذا غَرِم له القيمة فقد زال ضرره .[(٩)]

---

(١) المناظرة لغة من النظير أو من النظر بالبصيرة واصطلاحاً هي النظر بالبصيرة من الجانبين في النسبة بين الشيئين إظهاراً للصواب .التعريفات للجرجاني ص٢٩٨

(٢) تقدمت ترجمته ص١٧٩.

(٣) كذا في المخطوط ولعل الصواب (له) بدلالة السياق .

(٤) انظر/ حلية الأولياء ٩/٧٥-٧٧،مناقب الشَّافعيّ للبيهقي ١/١٠٧-١١١.

(٥) المروزي وقد تقدمت ترجمته صـ١٤٠.

(٦) و لم أعثر على من نقل عنه هذا القول .

(٧) وهو قوله ﷺ :(لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) المتقدم ص٢٠٩.

(٨) انظر/ الأم ٣/٢٨٥، الحاوي ٧/١٩٩.

(٩) انظر/ المبسوط١١/٩٤،والعناية شرح الهداية ٩/٣٣٨.

قلنا : لا يزول الضرر بدفع القيمة؛ لأنّ له غرضاً في العين. [1]

وأمّا الجواب عن قياسهم على الخيط فهو: أنّا لا نسلّم أنّ ساحة الغير صارت تبعاً لحائطه ؛لأنّها ليست ملكاً له، [2] ثم المعنى في الأصل أنّ حاجته إلى الخيط تبيح غصبه فأسقطت وجوب/ ردّه إذا غصبه وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنّ الحاجة إلى السّاحة لا تبيح أخذها فلم يسقط الردُّ ،والمعنى فيه أنّه لايجوز له ردُّ الخيط فلم يجب ردُّه وفي مسألتنا بخلافه ؛لأنّ ردّ الساحة جائز منفردة ،فلذلك وجب. [3]

٥/ل/٤٧

أو المعنى فيه أنّ الخيط شغله بملكه الذي له حرمة في نفسه ،وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنّه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه، فوجب عليه ردُّه وبان الفرق بينهما.

---

[1] انظر/ الاصطلام٤/١٢٧.

[2] كما تقدم في الصفحة السابقة.

[3] انظر/ الحاوي ٧/٩٥،الاصطلام ٤/١٢٨-١٢٩.

فصل

إذا ثبت أنَّ ردَّ السَّاجة واجب ،فإنَّه ينظر:-

فإن كانت بحالها لم ينقص شيء منها ردَّها وردَّ أجرة المثل في تلك المدة ؛لأنَّ للخشبة منافع ،وقد تكرى في سناد الأبنية وغيرها. [1]

وإن كانت قد نقصت كان عليه ردّها وردّ أجرتها في تلك المدَّة، وردُّ أرش النقصان الذي حصل بها . [2]

وإن كانت قد عَفِنَت تحت البناء ونَخِرَت [3] بحيث أنَّه إذا نقض البناء وأخرجت منه لم ينتفع بها ،فإنَّه يَغْرَم قيمتها ؛لأنَّها في معنى المستهلكة . [4]

هذا كلُّه في السَّاجة إذا بنى عليها .

فأمَّا إذا غصب لوحاً فأدخله في سفينة نظر:

فإن كانت قريبة من الشَّط [5] وجب عليه قلع اللَّوح وردُّه إلى صاحبه . [6]

فإن كان يخاف أن تغرق السفينة ،ويغرق ما فيها بالقلع ،فإنَّه ينحي المتاع ويقلع اللوح ويردُّه . [7]

وإن كانت في لُجَّة [8] البحر نظر :-

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٠٠،بحر المذهب ٩/ل٤٥،البيان ٧/٥٨،نهاية المحتاج ٥/١٨٧

[2] انظر المراجع السابقة.

[3] نَخِرت :نَخِرَ الشيء بَلِيَ وتفتت فهو نَخِرٌ ،وبابه طَرِبَ يقال عظامٌ نَخِرَةٌ . مختار الصحاح صـ٦٥٠. وانظر/ المصباح المنير ص٢٧٧.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٥،المهذب ٢/٢٠٥،فتح العزيز ٥/٤٦٥، الروضة ٥/٥٤.

[5] الشَّطُّ: جانب النهر والوادي ،جمعه شُطوط ،انظر/ تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٢٦. وانظر/ القاموس المحيط صـ٦٠٦.

[6] انظر/ الأم٣/٢٩١،الحاوي /٢٠٠،البيان ٧/٦٠،فتح العزيز ٥/٤٦٥،نهاية المحتاج ٥/١٨٧.

[7] انظر/ الحاوي ٧/٢٠٠،بحر المذهب ٩/ل ٤٥.

[8] لُجَّة: الماء بالضم،معضمه ،واللج بحذف الهاء لغة فيه (المصباح المنير صـ٢١٠)وانظر/ مختار الصحاح صـ٥٩٢.

فإن كان اللوح في أعلى السفينة بحيث إذا قلع لم يَخَفِ الغرق ،فإنَّه يجب قلعه وردُّه .[1]

وإن كان في أسفل السفينة نظر:-

فإن كان فيها حيوان لم يقلع ؛لأنَّ له حرمة في نفسه، فإذا كان القلع يؤدّي إلى تلفه لم يجز أن يقلع ،[2] كما قلنا في الخيط إذا خاط به الجرح ،وله المطالبة بقيمة الجرح [3] لأجل الحيلولة ،[4] كما نقول في العبد الآبق.[5]

فإذا بلغت إلى الشَّطِّ وقلعه ردّه واسترجع القيمة، [6] وكذلك لو لم يكن فيها إلا الغاصِب ،فإنَّه لا يقلع ؛لأنَّ له حرمة في نفسه ولا يملك إسقاطها بتعدّيه وغصبه .

وأمَّا إذا لم يكن فيها حيوان وكان فيها متاع فإنَّه ينظر:-

فإن كان لغير الغاصب لم يقلع ؛لأنَّه لا يجوز قلع اللوح إذا كان ذلك يؤدّي إلى ضرر غير الغاصب ؛لأنَّه لم يوجد منه تعدٌّ في ذلك .[7]

وإن كان فيها متاع للغاصب ،أو لم يكن فيها متاع غير أنَّ السفينة إذا قلع منها اللوح غرقت، فهل يقلع ،أو ينتظر إلى أن تبلغ إلى الشط ثم يقلع ؟.

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٠٠،مغني المحتاج ٢/٢٩٣.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٥،الوسيط ٣/٤١٥،البيان ٧/٦٠.

[3] لعله خطأ والصواب بقيمة الخيط أو بقيمة اللوح .

[4] وسيأتي مزيد تفصيل في صـ٢١٨.

[5] فإن الغاصب يغرم قيمته لأجل الحيلولة .

انظر/ فتح العزيز ٥/٤٣٩، الروضة ٥/٢٦،والمهذب٥/٢٠٦.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٢٠٠،بحر المذهب ٩/ل ٤٥.

[7] انظر/ الحاوي ٧/٢٠٠،والمهذب ٢/٢٠٦،والوسيط ٣/٤١٥.

فيه وجهان :-

أحدهما :يقلع وإن كان يستضرُّ بغرق ماله وتلفه، [1] كما يرد السَّاجة إذا بنى عليها وإن كان ينقض بناؤه .[2]

والثَّاني: ينتظر حتى يبلغ إلى الشَّط ؛لأنَّه إذا أمكن ردّها بغير ضرر فلا فائدة في إيجاب الردّ ،وإدخال الضرر مع إمكان غيره. [3]

وهذا يفارق/ السَّاجة إذا بنى عليها ؛لأنَّ ذلك للتأبيد ،وليس لها حالة ينتظر فيها ردّها وإزالة الضَّرر عنهما معاً ؛فلهذا أوجبنا عليه أن ينقض حائطه ويردَّها؛[4] وكذلك إذا أمكن سناد البناء وقلع السَّاجة من غير نقض ،فعلى الوجهين، [5] والله أعلم .

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٥ ،والوسيط ٣/٤١٥، البيان ٧/٦٠.
-وهو الأصح عند الإمام .
انظر/ فتح العزيز ٥/٤٦٦، الروضة ٥/٥٥.

[2] كما تقدم في صـ٢٠٨.

[3] وصحح هذا الوجه ابن الصباغ والعمراني في البيان ٧/٦٠ ،قال النووي (الأصح عند الأكثر يـــن مـــا صححه ابن الصباغ) الروضة ٥/٥٥.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢٠٠، بحر المذهب ٩/ل ٤٥ ،مغني المحتاج ٢/٢٩٣.

[5] السابقين.

[٢٤]مســـــألـــة

قال الشَّافعيّ : (لَوْ خَاطَ بِهِ [١] ثوباً ،فإِنْ خَاطَ بِهِ جُرْحَ [إِنْسَانٍ أَوْ][٢] حَيَـــوَانٍ ضَمِنَ الْخَيْطَ وَلَمْ يَنْزَعْ).[٣]

وهذا كما قال.

إذا غصب منه خيطاً وخاط به ثوباً فإنَّه يجب عليه ردُّه في الحال،[٤] كما قلنـــا في السَّاجة؛ [٥] لأنَّه لا حرمة للثوب في نفسه .

وإن خاط به جرح حيوان لم يخل من أحد أمرين :-

إمَّا أن يكون لذلك الحيوان حرمة .

أو لا حرمة له مثل الخنزير والكلب العَقُور [٦] وجـــب عليـــه قلعـــه وردُّه علـــى صاحبه .[٧]

وإن كان الحيوان له حرمة في نفسه لم يخل من أن يكون مأكولاً ،أو غـــير مـــأكول كالآدمي والحمار والبغل، فإنَّه لا يردُّه ويغرم قيمته ؛لأنَّ له حرمة في نفســـه فصـــار

---

[١] في المطبوع (أو خيطاً خاط به) ص١٢٩.

[٢][إِنْسَانٍ أَوْ]زيادة من المختصر المطبوع ص١٢٩.

[٣]مختصر المزني ص١٢٩.

[٤] انظر/ الأم ٢٩١/٣،الحاوي ٢٠١/٧،المهذب ٢٠٥/٢.

أما إذا بلي الخيط لم يلزمه ردُّه ؛لأنَّه صار كالمستهلك .البيان ٥٨/٧.

[٥]كما تقدم في ص٢٠٨.

[٦] العقور :هو فعول من العقر وهو الجرح ،وفعول بمعنى فاعل للتكثير .

قال الأزهري (هو كلُّ سبع يَعقِر من الأسد والفهد والنَّمر والذئب ،يقال: عقر الناس عقراً من باب ضرب ،فهو عقور والجمع عُقر مثل رسول ورسل .(المصباح المنير ص١٦٠)

– ويخرج بقوله (العقور)كلب الصيد والماشية ،فلا يجوز النزع .انظر/ فتـــح العزيـــز ٤٦٧/٥، الروضـــة ٥٦/٥.

[٧] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٦،الوسيط ٤١٦/٣، الروضة ٥٦/٥.

الخيط لهذا المعنى في معنى المستهلك ، ولأنّه لو احتاج إلى هذا الخيط كان له أخذه، فلم يجب عليه ردُّه إذا أخذه وخاط به. [1]

وبهذا فارق السَّاجة إذا بنى عليها حيث قلنا :يردُّها ؛لأنَّه لا حرمة للحائط في نفسه ؛ولأنَّه لو احتاج إليها للبناء ابتداءً لم يجز له أخذها .[2]

هذا إذا خيف التلف بقلعه .

فأمَّا إذا لم يَخَفِ التلف بقلعه لكن خاف تباطؤ البرء وتأخره فهل يقلع ؟ .

فيه وجهان: [3] مبنيان على لقولين في المريض إذا خاف تباطؤ البرء باستعمال الماء.

فإن قلنا: ينتقل إلى التيمم انتقل هاهنا إلى القيمة فيغرمُها له .

وإن قلنا هناك :لا ينتقل فهاهنا يردُّه [4] .

وأمَّا إذا كان الحيوان مأكولاً كالشَّاة والبقرة وغيرهما. [5]

---

[1] انظر/ الحاوي ٢٠١/٧،بحر المذهب ٩/ل ٤٦،الوسيط ٤١٥/٣،البيان ٥٩/٧،فتح العزيز ٤٦٦/٥ .

[2] كما تقدم ص٢٠٨.

[3] انظر/ الحاوي ٢٠١/٧،بحر المذهب ٩/ل ٤٥،الوسيط ٤١٦/٣.

[4] في من خاف تباطؤ البرء باستعمال الماء،هل يجوز له التيمم ؟ .

ثلاث طرق :

الأول :أنَّه لا يجوز له التيمم قولاً واحداً .

الثَّاني: انَّه يجوز له التيمم قولاً واحداً.

الثالث : أنَّ في المسألة قولين .

انظر/الأم ١٠٦/١ المهذب ٧٢/١.

قال النووي(الصحيح منها أنَّ في المسألة قولين أصحهما جواز التيمم ولا إعادة عليه).المجموع ٢٨٩/٢.

والمذهب انَّه إن كان يخاف تباطؤ البرء فإنَّه تلزمه القيمة . انظر/ نهاية المحتاج ١٨٨/٥،مغني المحتاج ٢٩٣/٢.

قال الرُّوياني (وإن كان يخاف الزيادة في العلة قيل : لا ينزع قولاً واحداً ،وقيل : فيه وجهان أيضاً) بحر المذهب ٩/ل ٤٦.

[5] إذا أمن التلف عند النزع نزع ،وإن خيف التلف ففيه القولان (الحاوي ٢٠٢/٧).

وإن كان الحيوان المأكول لغير الغاصب لم ينزع ،وإن كان للغاصب ففيه قولان.

انظر/ فتح العزيز ٤٦٧/٥.

فهل يقلع الخيط منه ويردّه أم لا ؟.

فيه قولان[1]:-

أحدهما : يقلع ؛لأنَّ الحيوان لا يتلف عليه ؛ لأنَّه يذكّيه .[2]

والثّاني : لا يقلع ولا يذبـــح [3] ؛لأنَّ النَّــبي ﷺ نهـــى عـــن ذبـــح الحيـــوان إلا لمأكلةٍ). [4]وهذا الذبح لغير مأكله فلم يجز ،وإذا لم يجز لم يُمكّن من قلع الخيط .

---

[1] وقيل فيه وجهان .انظر/ فتح العزيز ٤٦٧/٥، الروضة ٥٦/٥.

[2]وهي رواية الربيع .

انظر/الأم ٢٩١/٣،الحاوي ٢٠٢/٧،البيان ٥٩/٧،فتح العزيز ٤٦٧/٥

[3]انظر المراجع السابقة والمهذب ٢٠٦/٢.

وهي رواية المزني وحرملة (الحاوي ٢٠٢/٧).

-وهي الأظهر انظر/ فتح العزيز ٤٦٧/٥، الروضة ٥٦/٥،تصحيح التنبيه ٣٥٣/١.

[4] أخرجه مالك في الموطأ كتاب الجهاد ،باب النهي عن قتل النساء والولدان، وهو موقوف علـــى أبي بكر ﷺ بلفظ : (ولا تعقرن شاة ولا بعيرا إلا لمأكلة).٤٤٧/٢

وأخرجه سعيد بن منصور في ســـننه كتـــاب الجـــهاد، بـــاب مـــا تؤمـــر بـــه الجيـــوش إذا خرجـــوا ١٤٨/٢ .برقم(٢٣٨٤).

وأبو داود في المراسيل في باب فضل الجهاد عن القاسم مولى عبد الرحمن أن النبي صلى الله عليـــه وســـلم أوصى رجلاً غزا ،قال: (ولا تقطع شجرة مثمرة ،ولا تقتل بهيمة ليست لك بها حاجة) ص٢٣٩-٢٤٠.

قال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير : (قال ابن القطان هو حديث لا يصح)١٠٠/٢.

[٢٥] مسـألـة

قال : (وَلَوْ غَصَبَ طَعَامَاً فَأَطْعَمَهُ مَنْ أَكَلَهُ ،ثُمَّ اسْتُحِقَّ كَـانَ لِلْمُسْـتَحِقِّ أَخْـذُ الْغَاصِبِ [بِهِ][1]).

وهذا كما قال

إذا غصب منه طعاماً ،ثم أطعمه إنساناً لم يخلُ المُطْعَم من أحد أمرين :

إمَّا أن يكون المغصوب منه ،أو غيره.[2]

فإن كان المُطْعَم غير المغصوب منه لم يخلُ من ثلاثة أحوال :

إمَّا أن يقدِّمه إليه ويطلق له الإذن في أكله .

أو يقول كُلْه فإنَّه لي .

أو يخبره أنَّه مغصوب .

فإن أطلق ذلك وأكله وثبت أنَّه مغصوب ،فإنَّ للمغصوب منه أن يُضمِّن من شاء منهما ،أمَّا الغاصب ؛فلأنَّه غصبه ،وأمَّا المُطْعَم ؛فلأنَّه أخذه من يد ضامنه/،ولمعنى آخر أنَّه أتلفه [3] ، فإذا غَرَّم الغاصب غَرَّمه قيمته أكثر ما كانت من حين غصبه إلى أن أكل المُطعم ،وإن غرَّم الآكل غرَّمه القيمة أكثر ما كانت من حين أخذه إلى أن أكله [4] ،ولا تكون الزيادة في يد الغاصب .

والفرق بينهما: أنَّ الطعام مضمون على الغاصب بعد أن قبضه الآكل ،فغرم الزيادة في ملكه ،وليس بمضمون على الآكل إذا كان في يد الغاصب .

إذا ثبت هذا :فإن غُرِّم الآكل فهل يرجع على الغاصب ؟.

---

[1] [بِهِ] زيادة من المختصر المطبوع ص١٢٩،وتمام المسألة : (فإن غَرِمَه فلا شيء للواهب على الموهوب له، وإن شاء أخذ الموهوب له، فإن غرمه ،فقد قيل: يرجع به إلى الواهب وقيل: لا يرجع به. قال المزني رحمه الله: أشبه بقوله إن هبة الغاصب لا معنى لها وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب فعليه غُرْمه ولا يرجع به، فإن غَرِمَه الغاصب رجع به عليه، هذا عندي أشبه بأصله).

[2] وكذلك صنيع الماوردي في الحاوي ٢٠٥/٧.

[3] انظر/ الحاوي ٢٠٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٤٦،المهذب ٢٠٧/٢،البيان ٧٧/٧.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٦،البيان ٧٧/٧.

فيه قولان :

أحدهما قاله في القديم :يرجع ؛لأنه غرَّه .[1]

والثاني :لا يرجع قاله في الجديد.[2]

لأنَّه انتفع به حين أتلفه .

وهذا كما قلنا في الغاصب للجارية إذا باعها ووطئها المشتري ،وغُرِّم المهر فهل يرجع به على الغاصب ؟ .

قولان:[3] لأنَّ المنفعة قد جعلت له في مقابلة ما غرم من المهر ،وإن غُرِّم الغاصب **فإن قلنا** : لو غرم الآكل رجع لم يرجع الغاصب.

وإن قلنا : لا يرجع رجع عليه الغاصب.[4]

فأمَّا إذا قدَّمه إليه وقال :هذا لي ،فإذا ضمن الآكل فهل يرجع على الغاصب ؟.

قولان.[5]

وإن غرم الغاصب لم يرجع على الآكل قولاً واحداً؛[6] لأنَّه أضاف الطعام إلى نفسه فيضمن ذلك الإقرار بأنَّ نسبته كاذبة ،وإن ظلمه بما غرمه فلا يرجع على غيره بما أقر بأنَّه مظلوم به .[7]

---

[1] انظر/ الحاوي ٢٠٦/٧،المهذب ٢٠٦/٢،بحر المذهب ٩/ل ٤٦،البيان ٧٧/٧.

قال الرافعي (ويروى هذا عن القديم ،وبعض كتب الجديد)فتح العزيز ٤٠٩/٥.

[2] انظر المراجع السابقة . قال النووي (وهو الأظهر المشهور) الروضة ١٠/٥، تصحيح التنبيه ٣٥٥/١،نهاية المحتاج ١٥٧/٥.

[3] كما تقدم ص١٤٣.

[4] انظر/ فتح العزيز ٤١٠/٥، الروضة ١٠/٥.

[5] وهما نفس القولين السابقين والأصح عدم الرجوع. انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٦،التنبيه ص١١٦،فتح العزيز ٤١٠/٥، الروضة ١٠/٥.

[6] وقال المزني يرجع على الآكل ،وغلطه الأصحاب ؛لأنَّ في ضمن قوله (أنَّه ملكي ،أو قوله هذا لي) اعتراف بأنَّه مظلوم بما غرم ،والمظلوم لا يرجع على غير الظالم .

انظر/ البيان ٧٨/٧، فتح العزيز ٤١٠/٥، الروضة ١٠/٥،غنية الفقيه ص٢٨٦.

[7] بحر المذهب ٩/ل ٤٧،فتح العزيز ٤١٠/٥،وغنية الفقيه ص٢٨٦.

فإذا أخبره بأنَّه مغصوب فقد دخل على بصيرة ،فإن غرَّم الغاصب رجع على الآكل ،وإن غرم الآكل لم يرجع على الغاصب ؛لأنَّه ما غرَّه وكان التلف في يده .[1]

فأمَّا إذا أطعمه المغصوب منه نُظر:

فإن كان عالماً بأنَّه طعامه فقد برئ الغاصب ؛لأنَّه ردَّ الطعام إليه ردَّاً تاماً وعاد في يد المغصوب منه كما كان ؛ولأنَّه أتلفه لنفسه مع علمه بذلك ،فهو كما لو جاء ،وهو في يد الغاصب فأتلفه ،أو كان عبداً فأعتقه .[2]

وإن لم يعلم ذلك ففيه وجهان [3] :

أحدهما: أنَّه برئ من الضَّمان ؛لأنَّه ردَّه إليه. [4]

والثاني : لا يبرأ ؛ [5] لأنَّه مارجع إليه رجوعاً كاملاً ؛لأنَّه إنَّما أخذه ليأكله فحسب ؛ولأنَّه لو غصبه منه شعيراً أو قِتّاً [6] فعلفه بهائمه [7] لم يزل عنه الضَّمان ،وإنَّما كانت المنفعة راجعة إليه ،[8] فكذلك هاهنا. والله أعلم .

---

[1] انظر/ الحاوي ٢٠٦/٧، المهذب ٢٠٧/٢،بحر المذهب ٩/ل ٤٩،البيان ٧٨/٧.

[2] انظر/ الأم ٢٩٠/٣، المهذب٢٠٧/٢،والتنبيه ص١١٦.

[3] وقال الماوردي في الحاوي (٢٠٧/٧والشيرازي في المهذب (٢٠٧/٢) والرُّوياني في البحر (٩/ل٤٧) والعمراني في البيان ٧٨/٧،(فيه قولان)،وانظر/ الأم٢٩٠/٣.

[4] وذلك إذا قلنا في التقديم للأجنبي أنَّ القرار على الآكل ،انظر/ فتح العزيز ٤١٠/٥، الروضة ١١/٥.

-وقد حكى هذا القول الربيع ،وهو اختيار المزني (الأم ٢٩٠/٣)انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٧،قال الماوردي بعد ذكره اختيار المزني (وهو لعمري أظهر القولين)الحاوي ٢٠٧/٧

[5] انظر/ الحاوي ٢٠٧/٧،المهذب ٢٠٧/٢.

قال الرُّوياني :(وهو الصحيح المنصوص).(بحر المذهب ٩/ل ٤٧).

قال الرافعي: (وربما نصر العراقيون الأول –عدم البراءة–لكن قد سبق في المسألة المبني عليها أنَّه الأصح ثبوت الاستقرار على الآكل،وحكى الإمام عن أصحابنا أنَّهم رأوا البراءة هاهنا أولى من الاستقرار ،وهاهنا تعرف المالك في ضمن إتلافه يتضمن قطع علقة الضَّمان عن الغاصب...)فتح العزيز ٤١٠/٥

[6] القَتُّ:الفِصْفِصَة إذا يبست وقال الأزهري :القَتُّ حبٌّ بري لا ينبته الآدمي فإذا كان عام قحط وفقد أهل البادية ما يقتاتون به من لبن وتمر ونحوه دقوه وطبخوه واجتزؤا به على مافيه من الخشونة . المصباح المنير ص١٨٦-١٨٧،مختار الصحاح ٥٢١.

[7] من غير أن يعلم أنَّه شعيره أو قته المغصوب.

[8] انظر/ الحاوي ٢٠٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ٤٧.

[٢٦] مسـألـة

قال الشَّافعيّ : (وَلَوْ حَلَّ دَابَّةً ،أَوْ فَتَحَ قَفصاً [١] عَنْ طَائِرٍ فَوَقَفَا ثُمَّ ذَهَبَا لَمْ يَضْمَنْ ؛لأَنَّهُمَا أَحْدَثَا الذَّهَابَ).[٢]

وهذا كما قال.

إذا حلَّ رباط فرسٍ فَعَار [٣] ،أو فتح قفصاً عن طائر فطار ففيه **ثلاث مسائل** :-

أحدها :أن يهيِّجهما [٤]بعد الحلّ والفتح فتذهبا .

والثانية :أن يحلَّهما ولا يهيِّجهما ويقفا بعد الفتح والحلّ ثم يذهبا .

والثالثة : أن لا يهيِّجهما ويذهبا/ عقيب الفتح والحلّ . ٥/ل/٢٤٨

فأمَّا إذا هيَّجهما:-

وهي المسألة الأولى :فإنَّه عليه الضَّمان إذا تلفا ،أو ضاعا ؛والدليل عليه أنَّه ألجأهما إلى ذلك بتهييجه إيَّاهما ،فهو كما لو دحرج عِدْلاً [٥]في قطن حتى وقع في النَّار فاحترق ،وكذلك إذا رمى رجلاً في البئر فإنَّه يضمنه وهذا لا خلاف فيه. [٦]

---

[١] القَفَصُ:بالتحريك محبس الطير ،والجمع أقفاص،قيل :معرب ،وقيل عربي ،واشتقاقه من قفص الشئ إذا جمعته ،وقفصت الدابَّة جمعت قوائمها .انظر/ القاموس المحيط ص٥٦٤،والمصباح المنير ص١٩٥.

[٢] مختصر المزني المطبوع ص١٢٩.

[٣]عار الفرس يعير من باب سار عِيَاراً أفْلت وذهب على وجهه. المصباح المنير ص١٦٧.

[٤] هاج الشئ يَهِيجُ هَيْجاً وهَيَجَاناً،واهتَاج ،وتَهيَّج ،أي ثار .(الصحاح ٣٥٢/١).

[٥] العِدْل :نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير .(اللسان ٨٥/٩).

[٦] انظر/ الحاوي ٢٠٨/٧،البيان ٨٣/٧،ونقل الإجماع أيضاً،بحر المذهب ٩/ل ٤٧،المهذب ٢٠٩/٢،ونهاية المحتاج ١٥٤/٥.

-إلا أنَّه ورد عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنَّه لا يضمن علي كل حال .

انظر/ بدائع الصنائع ١٦٧/٦،عيون المسائل ص١١٩.

-وذهب محمد بن الحسن إلى أنَّه يضمن إذا فتح قفص الطير، ولو حلَّ قيد عبد فأبق لم يضمن ؛لأنَّه العبد له عزيمة.

انظر/ بدائع الصنائع ١٦٧/٦،الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٨٧/١.

وأمَّا المسألة الثانية :وهو إذا [لم]يهيِّجهما [1] ووقفا ،ثم ذهبا فإذا ضاعا، فلا ضمان عليه عند الشَّافعيّ [2] وأبي حنيفة .[3]

وقال مالك: يجب عليه ضمانهما .[4]

واحتجَّ من نصره بشيئين :

أحدهما :أنَّ الذي كان يمسك الدَّابَّة هو رباطها ،والذي كان يمسك الطائر هو غلق القفص فإذا حلَّ الرباط وفتح القفص فقد وجد منه سبَبُ الذهاب والتنفير فهو كما لو هيجهما. [5]

والثَّاني :أنَّه لا خلاف أنَّه إذا فتح باب المُراح [6] فخرجت الماشية فأفسدت زرعاً أنَّ عليه ضمان الزرع، [7] فكذلك إذا حلَّ رباط الدابَّة فعارت ولا فرق بينهما .

ودليلنا :أنَّ الأصل براءة الذِّمَّة فمن ادَّعى اشتغالها بالضَّمان فعليه الدَّليل.

وأيضاً فإنَّ البهائم لها اختيار ،وإرادة ؛ألا ترى أنَّها تطلب الرَّعيَ والمنافع وتتجنب المضار والمهالك ؟ [1] ،وإذا كان كذلك فقد وجد منه السبب الذي ليس

---

[1] في المخطوط (إذا هيجهما) ولعل هنا سقط (لم) يبينه بداية المسألة. والصواب ما أثبتناه ؛بدليل التقسيم في بداية المسألة وسياق الكلام هنا .

[2] وفي نقل المذهب طرق :

الأول :أنَّه على قولين .وأظهرهما :أنه إذا طار في الحال ضمن ،وإن وقف ثم طار لم يضمن .

الثاني :يضمنه مطلقاً،والثالث : لايضمنه مطلقاً

التهذيب ص٥٠٠، المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٢٧٨.

[3] انظر/ عيون المسائل ص١١٩،بدائع الصنائع ٦/١٦٧،الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٨٧.

[4] انظر/ الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٦،عيون المجالس ص١/٩٧٥،بداية المجتهد ٤/١٨٥.

[5] انظر/ الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٦،عقد الجواهر الثمينة ٢/٧٤١.

[6] المُرَاح :موضع مبيت الماشية ،بضم الميم .تحرير ألفاظ التنبيه ص١٠٨.

[7] نقل الرافعي عن القفال ؛أنَّه إن كان نهاراً لم يضمن ،وإن كان ليلاً ضمن كما في دابَّة نفسه ،ونقل عن العراقيين ،أنَّه لا يضمن (فتح العزيز ٥/٤٠٣).

قال النووي (قطع ابن كج بما قاله القفال) الروضة ٥/٦.

بِمُلجئ، [٢] والمباشرة في ضمان الإتلاف تعلّق الحكم بالمباشرة [٣] دون السبب [٤] ؛الدليل عليه إذا حفر بئراً فدفع رجل رجلاً فيها فتلف فإنَّ الضَّمان على الدافع.[٥]

ولا يدخل عليه المحرم إذا أمسك صيداً فقتله حلال وهو في يد المحرم حيث قلنا :إنَّ الضَّمان على المحرم دون الحلال المباشر [٦] ؛لأنَّ ذلك ضمان يد ،وليس بضمان إتلاف.

فأمَّا في ضمان الإتلاف فإن الحكم يتعلّق بالمباشرة دون السَّبب.

ولا يدخل عليه مسألة الإكراه في القتل [٧] ؛لأنَّ الإكراه سبب ملجئ .

ولا يُدخل عليه إذا شهد أربعة على رجل بالزِّنى وهو محصن فقتل بالرَّجْم ،ثم رجع الشهود حيث قلنا: يجب

---

[١] انظر/ البيان ٧/٨٣.

[٢] الملجئ :هو المُكْرِه ،إذ أن التلجئة :الإكراه وألجأته إلى الشيء اضطررته إليه.النظم المستعذب ٢/٢٠٩.

[٣] المباشرة /هي إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق ،ونعني بالعلة ،ما يقال من حيث العادة ،أن الهلاك حصل بها ،كما يقال:حصل بالقتل والإحراق .

أمَّا التسبب :فهو إيجاد ما يحصل الهلاك عنده ،ولكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصر ليوقع تلك العلة .انظر/ الوسيط ٣/٣٨٣،الوجيز ١/٢٠٥.

[٤] وبهذا فارق ضمان اليد ،إذ أنَّ ضمان اليد يتعلق الحكم بالمباشر والمتسبب ،كما سيبينه المصنف .

انظر/ الحموي على الأشباه ٢/٢١١،والقواعد للزركشي ٢/٣٢٤-٣٣٢.

[٥] انظر/ المهذب ٣/١٧٧،حاشية الدسوقي ٦/١٩٠.

[٦] انظر/ المدونة ١/٤٨٥، الشرح الكبير للدرديري ٢/٣١٩،المهذب ٣/٣٩٧.

[٧] حيث يجب القصاص على المُكرِه وفي المُكرَه قولان :

أصحهما: يجب القصاص عليه .

انظر/ التنبيه ص٢١٤،الوجيز ٢/١٢٢.

وعند المالكية يجب القصاص عليهما .

انظر/ بداية المجتهد ٤/٢٩٤،حاشية الدسوقي ٦/١٩٠.

الضَّمان عليهم [1] ؛لأنَّ السبب الملجئ قد وجد منهم ؛لأنَّ الشهادة إذا صحَّت لـزم الحاكم أن يحكم بها ويأثم إن لم يحكم ، فهو مُلْجَأٌ من طريق الشرع إلى الحكم بها. [2]

فأمَّا الجواب عن قياسهم عليه إذا هيَّجه ونفَّره فهو أنَّ المعني فيه: أنَّه قد وجد منه السبب الملجئ إلى الهروب والذهاب ،فلزمه الضَّمان، وفي مسألتنا لم يوجد منه سبب ملجئ ؛فلهذا لم يلزمه الضَّمان .[3]

وأمَّا ما ذكروه من فتح المُرَاح فالجواب عنه أنَّه يُنْظر:

فإن كان الذي فتحه أجنبيًّا فلا ضمان عليه، [4] كمسألتنا سواء .

وإن كان صاحبها هو الذي فتح الباب.

فإن كان ذلك نهاراً فلا ضمان عليه ؛ لأنَّ ما على أهل/ الزرع،حفظ زرعهم نهاراً.

وإن كان ليلاً فعليه الضَّمان ؛لأنَّ عليه حفظها ليلاً؛ ألا ترى أنَّه لو لم يؤوها ليلاً لزمه ضمان ما تتلفه ؟[5] فلم يصحَّ ما قالوه.

وأمَّا المسألة الثَّالثة :وهي إذا لم يهيِّجها وذهبا عقيب الحلِّ والفتح .

---

[1] انظر/ التنبيه ص٢٧٣، الوجيز ١٢٣/٢ ،ومغني المحتاج ٣/٤.

[2] فلاضمان على القاضي .

انظر/ الحاوي ٢٠٨/٧

[3] انظر/ الحاوي ٢٠٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ٤٧.

[4] انظر المرجعين السابقين ،والبيان ٨٣/٧.

[5] بحر المذهب ٩/ل ٤٧، مغني المحتاج ٢٧٩/٢ .

فقد اختلف أصحابنا:

فمنهم من قال: إن كان أثارهما الدنو منهما وهيجهما قَعْقَعَة [1] فتح القفص وحل الشَّكَال [2] وطلبا المخلص عند ذلك فعليه الضَّمان [3] ؛لأنَّه قد وجد التهييج ولا فرق بين أن يقصد وبين أن يفعل فعلاً يهيجان به .

وإن كان لم يهيجهما ذلك وكانا واقفين مكانهما و لم يفزعا ولا طلبا المخلص فلا ضمان عليه إن تلفا ،ولا فرق بين أن يقفا أو لا يقفا ؛لأنَّ السبب الذي وجد منه غير ملجئ وقد وجد الذهاب باختيارهما . [4]

ومن أصحابنا من قال :المسألة على وجهين: [5]

أحدهما :عليه الضَّمان.

---

[1] القَعْقَعَة قال ابن فارس : القاف والعين أصل صحيح يدل على حكايات صوت ،والقعقعة حكاية صوت التِّرسة .معجم مقاييس اللغة ١٤/٥ ، و انظر/ المصباح المنير ص١٩٥.

[2] شَكَل الدَّابَّة يشْكلها شَكْلاً ،وشكَّلها شدَّ قوائمها بحبل .

وايسم ذلك الحبل :الشَّكال .

انظر/ المحكم لابن سيده ٤٢٨/٦

[3] ونقل هذا القول عن المصنف القفال في حلية العلماء ٢٥٠/٥،والعمراني في البيان ٨٣/٧.

و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٨،فتح العزيز ٤٠٢/٥.

[4] انظر/ البيان ٨٣/٧.

[5] وهو قول أكثر الشَّافعيّة .

انظر/ المرجع السابق .

والثّانية :لاضمان عليه ،لأنّ الشّافعيّ ذكر في اللُّقَطة [1] هذه المسألة ،وشرط في سقوط الضّمان الوقوف ؛لأنّه قال :فوقفا ثم ذهبا، [2] فدلَّ على أنّهما إذا لم يقفا فعليه الضّمان .[3]

وذكر في القديم :أنّه لاضمان عليه فأطلق و لم يشترط الوقوف .[4]

إذا ثبت هذا التقسيم فإن قلنا :عليه الضّمان ،فالدليل عليه أنّه لما وجد الذهاب عقيب فعله عُلم أنَّ ذلك كان بفعله فهو كما لو هيَّجها [5] .

والصَّحيح أنّه لاضمان عليه ؛لأنَّ السَّبب غير ملجئ وقد وجد ذهابهما باختيارهما على حسب ما بيّنّاه ، والله أعلم بالصَّواب .

---

[1] اللُّقَطة :بضم اللام وفتح القاف ،هي ما وجد في موضع غير مملوك من مال ،أو اختصاص ضائع من مالكه ،وليس بمُحْرزَ ولا ممتنع بقوّته ولا يعرف الواجد مالكه .السراج الوهاج ص٣١٠.

[2] ونصُّ ما في الأم (وإذا حلَّ الرجل دابّة الرجل فوقفت ،ثم مضت ،أو فتح قفصاً لرجل عن طائر ثم خرج لم يضمن ؛لأنَّ الطائر والدابّة أحدثا الذهاب ،والذهاب غير فعل الحالّ والفاتح ،وهكذا الحيوان كلُّه ،وما فيه روح وله عقل يقف فيه بنفسه ويذهب بنفسه) ٨٤/٤.

[3] انظر/ الحاوي ٢٠٨/٧، المهذب ٢٠٩/٢،بحر المذهب ٩/ل ٤٨.

وصححه الشيرازي في التنبيه ،وهو الأظهر عند الرافعي ووافقه النووي .

انظر/ فتح العزيز٤٠٢/٥، الروضة ٤/٥.

[4] انظر المراجع السابقة.

[5] انظر/ المهذب ،بحر المذهب ٩/ل ٤٨.

[٢٧] مســـــألـــة

قال : (**وَلَوْ حَلَّ زِقّاً (١) ،أَوْ رَاوِيَةً (٢) فَانْدَفَقَا ضَمِنَ ،إلا أَنْ يَكُونَ الزِّقُّ ثَبَتَ مُسْتَنِداً وَكَانَ (٣) الْحَلُّ لا يَدْفَعُ مَا فِيهِ ،ثُمَّ سَقَطَ بِتَحْرِيكٍ أَوْ غَيْرِهِ ،فَلا يَضْمَنُ ؛لأَنَّ الْحَلَّ قَدْ كَانَ وَلا جِنَايَةَ فِيهِ**).(٤)

وهذا كما قال.

إذا حلَّ زِقّاً مملوءاً فلا يخلو أن يكون الذي فيه مائعاً أو جامداً .

فإن كان مائعاً نُظر :

فإن كان مطروحاً وكان بحيث لا يمسك ما فيه إلا الشدُّ، فإذا حلَّه ففاض ما فيه لزمه الضَّمان (٥) ؛لأنّا نعلم أنّه لا يمسكه إلا الشدُّ ،وأنّه إذا حلّه فاض ما فيه، فهو كما لو باشر إراقته فسرى ذلك إلى نفسه لزمه الضّمان ،فهذا أولى ؛لأنّا نعلم ضرورة أنَّ ما فيه يفيض إذا حلَّه ،وأمَّا الجِراحة فقد تسرى وقد لا تسري .

وأمَّا إذا كان الزِّقُّ قائماً مستنداً فحلَّه، فإن اضطرب وانصبَّ في الحال ضمنه ؛لأنَّه انصبَّ بفعله، (٦) كما ذكرنا إذا كان مطروحاً.(٧)

وإن لم ينصبَّ في الحال ،ولكنَّه مال إلى جانب قليلاً وما زال يميل حتى /وقع وفاض ما فيه فعليه الضَّمان ؛لأنَّ ذلك سراية فعله .(٨)

٥/ل/٢٤٩،

---

(١) الزِّقُّ –بكسر الزاي– : كلُّ وعاء أُتخذ لشراب ونحوه ،والـجمع أزْقاقٌ وأزُقٌّ،وزِقاق .
انظر/ المحكم لابن سيده ٦/٧٠،لسان العرب ١٠/١٤٢.

(٢) الراوية :المزادة فيها الماء ،ويسمى البعير راوية ،علـى تسمية الشيء باسم غيره لقربه منه. اللسان ١٤/٣٤٦.

(٣) في المطبوع (فكان)ص١٢٩.

(٤) مختصر المزني ص١٢٩.

(٥)انظر/ الحاوي ٧/٢١٠،والمهذب ٢/٢٠٩،بحر المذهب ٩/ل ٤٨، البيان ٧/٨٤،فتح العزيز ٥/٤٠٠.

(٦) انظر/ الحاوي ٧/٢١٠،بحر المذهب ٩/ل ٤٨،البيان ٧/٨٤ الروضة ٥/٤.

(٧) كما تقدم في الحالة الأولى.

(٨) انظر/ المهذب ٢/٢٠٩،بحر المذهب ٩/ل ٤٨،مغني المحتاج ٢/٢٧٨.

وأمَّا إذا لم يصبه شئ من ذلك وبقى بحاله مستنداً ،ثم انصب بعد ذلك فلا ضمان عليه ؛لأنَّه يجوز أن يكون وقع لهبوب الريح ،أو زلزلة ،أو دفع آدميٌّ مرَّ بجنبه ،أو بهيمة ،وإذا احتمل أن لا يكون ذلك بفعله ولا بسراية فعله فلاضمان عليه. [1]

فأمَّا إذا كان ما في الزِّقِّ جامداً فطلعت عليه الشمس فأذابته بعدما حلَّه فانصبَّ ما فيه **ففيه وجهان** :-

أحدهما: يضمنه [2]؛لأنَّ ذلك لسبب فعله ،وإنَّما أعان عليه حرُّ الشمس ،كما إذا جرح آدميّاً في وقت حارٍّ، فسرى ذلك إلى نفسه لشدَّة الحرِّ فمات ،فإنَّ الضَّمان يلزم الجارح . [3]

والثَّاني : لاضمان عليه [4] ؛لأنَّه لم ينصبَّ بفعله ،وإنَّما انصبَّ بسبب آخر وهو ذَوبه بحرِّ الشمس، فهو كالمائع إذا وقع بدفع الرِّيح بعد الحلِّ. [5]

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢١٠،الوسيط ٣/٣٨٤،نهاية المحتاج ٥/١٥٣.

[2] وهو الأصح .

انظر/ التنبيه ص١١٦،البيان ٧/٨٥،فتح العزيز ٥/٤٠١، الروضة ٥/٥.

[3] انظر/ البيان ٧/٨٥.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢١١،حلية العلماء ٥/٢٥٠.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٤٩،البيان ٧/٨٥.

[٢٨]مسألة

قال: (وَلَوْ غَصَبَهُ دَاراً فَقَالَ :الْغَاصِبُ :هِيَ بِالْكُوفَةِ [١] فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)[٢] .

وهذا كما قال.

إذا ادَّعى عليه أنَّه غصبه داراً لم تسمع تلك الدعوى حتى يعيِّنها فيصف حدودها التي تنتهي إليه ويبين الموضع الذي هي فيه، فإذا عيَّن ذلك سمعت دعواه ورجع إلى المُدعى عليه ،فإن أقرَّ له بها فلا كلام.[٣]

وإن أقرَّ له بغيرها فقبل المدَّعي إقراره ،وقال : تلك أخرى قد غصبها منِّي أيضاً،والتي ادَّعِيها عليه هذه .

فإن تلك التي أقرَّ بها تثبت له ،وأمَّا هذه التي ادَّعاها عليه فالقول قوله فيها ؛لأنَّه مدَّعٍ عليه .[٤]

فأمَّا إذا قال المدَّعي: تلك الدار لي بطل إقراره له بها ؛لأنَّ صحة الإقرار موقوفة على قبول المُقَرِّ له ،والقول قوله فيما ادَّعاه عليه .[٥] والله أعلم.

---

[١] الكُوفة :بالضم المصر المشهور بأرض بابل من سواد العراق ،ويسميها قوم(خدُّ العذراء) . معجم البلدان ٤/٥٥٧.

[٢] مختصر المزني ص١٢٩.

[٣] انظر/ الحاوي ٢١٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ٤٩،التهذيب ص٥٠٥.

[٤] انظر/ الحاوي ٢١٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ٤٩،فتح العزيز ٤٣٤/٥.

[٥] انظر المراجع السابقة .

فصل

إذا كانت لرجل بهيمة فأكلت حشيشاً لقوم، فإن كانت يد صاحبها عليها ؛بأن يكون معها ،ضمن الحشيش .[1]

وإن لم يكن معها ضمن إذا كان ليلاً ،وإن كان نهاراً لم يضمن .[2]

فأمَّا إذا ابتلعت بهيمةٌ جوهرة ،أو غيرها مما لا يتلف بابتلاعها فأنَّه يُنظر :

فإن كانت البهيمة لا يؤكل لحمها لم يجز ذبحها ؛لأنَّ البهيمة التي لا يؤكل لحمها لها حرمة كحرمة الآدميِّ، فلا يَحِلُّ قتلها، كما لا يحلُّ قتل الآدميِّ، ولو أنَّها قتلت صاحب الجوهرة لم تقتل، فلا تقتل أيضاً لإخراج الجوهرة من بطنها، إلا أنَّ صاحبها يَغْرَم الذي ابتلعته لصاحبه إذا كان صاحبها معها.[3]

وإن لم يكن معها لم يَغْرَم .[4]

وإن كانت البهيمة مما يؤكل/ لحمها، فهل يجوز ذبحها لإخراج ما ابتلعته؟.

فيه قولان :كما قلنا في انتزاع الخيط إذا خاط جرحها به .

فإن قلنا :ينزع الخيط ذبحها هنا .

وإن قلنا: لا ينزع الخيط[5] لم تذبح وعليه الغرامة.[6]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٥١،البيان ٦١/٧، نهاية المحتاج ١٥٤/٥،حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج ١٥٤/٥-١٥٥

[2] لأنَّ مالك البهيمة لا يلزمه حفظها نهاراً فلا يلزمه ضمان ما أتلفته.البيان ٦١/٧.

[3] انظر/ المهذب ٢٠٦/٢، البيان ٦١/٧، فتح العزيز ٤٦٩/٥، الروضة ٥٨/٥.

[4] انظر/ الحاوي ٢٠٢/٧، البيان ٦١/٧.

[5] وهو الأظهر كما تقدم ص٢٢٠.

[6] انظر/ الحاوي ٢٠٢/٧، البيان ٦١/٧،حلية العلماء ٥/ ٢٤٣.

فصل

إذا اشترى رجل شاة بشيء من القَتِّ فأكلت الشاة القَتَّ وهي في يد البائع قبل أن يتسلَّمها المشتري ،وكان القتُّ في يد المشتري لم يتسلّمه البائع فقد استقرَّ العقد و لم يبطل بذلك؛ [1] لأنَّ فعل البهيمة إذا كانت يد صاحبها عليها بمترلة فعل صاحبها، وإتلاف البائع للثمن في يد المشتري بمترلة قبضه فجعل إتلافها للثمن بمترلة قبض البائع له ، وكذلك إتلاف المشتري للمبيع ؛ [2] لأنَّه إذا اشترى منه عبداً ثم قتله قبل قبضه لم يبطل البيع ، ويكون كما لو قبضه ثم أتلفه . [3]

وإن كان المشتري تسلَّمها وما سلَّم القتَّ فأكلته قبل التسليم بطل البيع ؛ لأنَّها في يده وقد تلف ثمنها قبل قبضه ،وهذا كما نقول في الشاة إذا رهنها وسلَّمها إلى المرتهن فأكلت قتَّ الراهن كان على المرتهن الضمان ، وكذلك إذا أكلت البهيمة المعارة وهي في يد المستعير قتَّ المعير فإنَّ الضمان على المستعير، وكذلك إذا كانت الغنم في يد الراعي فأتلفت زرعاً لزم الراعي ضمانه ؛ لأنَّها في يده فإتلافها كإتلاف من له اليد عليها، فكذلك إتلاف الشاة إذا كانت في يد المشتري بمترلة إتلاف المشتري.

ولو أنَّ المشتري أتلف القتَّ بطل البيع ،فكذلك هاهنا ، وإن كان البائع تسلّم القت أيضاً وكانت يد المشتري على البهيمة ضمن القتَّ، و لا يؤثّر ذلك في البيع [4] .

---

(١)انظر الحاوي ٧/٢٠٣،الروضة ٥/ ٥٨ .

(٢) انظر/ فتح العزيز ٥/٤٨٠.

(٣) انظر/ الحاوي ٧/٢٠٣،بحر المذهب ٩/ل ٥٢.

(٤) قال في الروضة (لو باع بهيمة بثمن معين فابتلعته فإن لم يكن الثمن مقبوضاً انفسخ البيع ،وهذه بهيمة لبائعها ابتلعت مال المشتري إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة، فيستقر العقد ،ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناء على أن إتلاف المشتري قبض منه.
وإن كان الثمن مقبوضاً لم ينفسخ البيع وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مال البائع)٥/٥٨ .

فـــرع

إذا أدخلت بهيمة لرجل رأسها في قدر باقِلاي [1] و لم يمكن إخراجه منها إلا بعـــد الكسر **فإنّه ينظر** :

فإن كانت في يد صاحبها فإنّ فعلها منسوب إليه، [2] فإن كانت بهيمة لا تؤكـــل فإنّها لا تذبح وتكسر القدر؛ لأنّ للبهيمة حرمة في نفسها، ولا حرمـــة للقـــدر في نفسها ،وعلى صاحب البهيمة الضمان ؛ لأنّ ذلك بتفريط منه. [3]

وإن كانت البهيمة تؤكل ففيه وجهان : [4]

أحدهما: أنّ القدر لا تكسر وتذبح البهيمة.

والثّاني: أنّ القدر تكسر ولا تذبح البهيمة ؛لأنّ ذلك ذبح لغير مأْكلَةٍ.

وهذان الوجهان مبنيّان على ما ذكرنا في مسألة نزع الخيط إذا خاط به جرح بهيمـــة تؤكل. [5]

وإن لم تكن يد صاحب البهيمة عليها كان التفريط من جهة صاحب القدر؛ بأن ترك القدر في /الطريق فإن القدر تكسر ولاضمان على صاحب البهيمة ؛لأنّ التفريط مـــن جهة الباقلاي ،فهو كما لو أمسكها وأدخل رأسها . [6]

٥

وإن لم يكن من واحد منهما تفريط ، مثل أن يكون الباقلاي ترك قدره في موضعـــها ،ولم تكن البهيمة في يد صاحبها، فإنّ القدر تكسر ويجب الضمان على صـــاحب البهيمة ؛لأنّها تكسر لتخليص ماله فكان عليه الضمان. [7]

---

[1] الباقِلاءُ و الباقِلّـــى: الفول، ، فإذا شدَّدت اللام قَصرْت، وإذا خَفَّفْت مَدَدْت فقلت الباقِلاء، واحدتـــه باقِلاةٌ و باقِلاّءة،فالباقلاي ،يقال لبياع الفول .لسان العرب ١١/٦٢.

[2] فيكون ضامناً لما أتلفته،انظر/مغني المحتاج ٢/٢٩٦.

[3] انظر الحاوي ٧/ ٢٠٤ ،الروضة ٥/٥٧ .

[4] والصحيح أنّ البهيمة لا تذبح كما تقدم ص٢٢٠.

انظر/ بحر المذهب ٩/ل٥٢ ، فتح العزيز ٥/ ٤٦٩ ، مغني المحتاج ٢/ ٢٩٦.

[5] انظر الحاوي ٧/ ٢٠٤ ، بحر المذهب ٩/ل ٥٢ ، فتح العزيز ٥/٤٦٩.

[6] انظر /الحاوي ٧/٢٠٤ ،الروضة ٥/٥٧.

[7] انظر/ الحاوي ٧/٢٠٤، بحر المذهب ٩/ل ٥٢.

فــرع

إذا دخل فصيل [1] دار رجل فثرى [2] وكبر حتى صار بحيث لا يسعه الباب،فــإنَّ الباب يهدم ، فإن كان التفريط من صاحب الدار ؛لأنَّه أدخل الفصيل داره بنفســـه فلاضمان على صاحبه . [3]

وإن كان التفريط من جهة صاحب الفصيل مثل أن يكون غصب الــدار وأدخلــها فصيله ،فإنَّ الضَّمان عليه لوجود التفريط منه . [4]

وإن لم يكن منهما تفريط فإنَّ الضمان على صاحب الفصيل [5] ؛لأنَّ النقض والهدم لتخليص ملكه . [6]

وكذلك إذا باع الرجل داراً وله فيها حُبٌّ [7] لا يسعه الباب ،فإنَّه ينقضه وعليــه غرامة بابه ؛ لأنَّه يفعل ذلك لتخلص ملكه.

---

[1] الفصيل :اسم ولد الناقه ؛لأنَّه يُفصل عن أمه فهو فعيل بمعنى مفعول ،والجمع فُصْلان بضم الفاء وكسرها ،وقد يجمع على فِصال بالكسر ،كأنَّهم توهموا فيه الصفة مثل كريم وكرام
انظر/المصباح المنير ص١٨٠،مختار الصحاح ص٥٠٤.

[2] فثرى :أي نمى ،يقال : ثَرَا القومُ ثَراءً: كَثُروا ونَمَوْا. لسان العرب ١٤/ ١١٠.

[3] انظر /بحر المذهب ٩/ل ٥٢،الوسيط ٣/٤١٦، فتح العزيز ٥/٤٦٨.

[4] انظر /المهذب ٢/٢٠٦، الروضة ٥/٥٧،مغني المحتاج ٢/٢٩٥

[5] وبه قطع العراقيون وهو ظاهر المذهب.
وقيل وجهان : الثاني لا أرش عليه وهو الأظهر كما ذكره الغزالي في الوجيز١/ ٢١٣ .
وانظر /الروضة ٥/٥٧ ، ومغني المحتاج ٢/٢٩٥

[6] انظر المهذب ١/٢٠٦ ، فتح العزيز ٥/٤٦٨ ،مغني المحتاج ٢/٢٩٥.

[7] الــحُبُّ: الــخَابِــيةُ وهي الــجَرَّةُ الضَّخمةُ، وهو فارِسيٌّ مُعَرَّب ،و الــحُبُّ: ؛ هو الذي يُجْعَلُ فــيه الــماءُ. قال، وقال أبو حاتم: أَصلُه حُنْبٌ، فَعُرِّبَ، والــجَمْعُ أَحْبابٌ و حِبَبَةٌ و حِبابٌ.لسان العرب ١/٢٩٥،وانظر/ المصباح المنير ص٤٥.

فـــرع

إذا وقع دينار لرجل في مِحْبَرة [1] آخر ، فإن كان التفريط من صاحب المِحْـــبَرة كُسِرت المِحْبَرة وردَّ الدينار ولاضمان على صاحبه .[2]

وإن كان التفريط من جهة صاحب الدِّينار كسرت أيضاً ،وكانت الغرامة عليــه ؛لأنَّ ذلك كان بتفريط منه.[3]

وإن لم يكن من واحد منهما تفريط، فإنَّها تكسر ويكون ضمانها علـــى صـــاحب الدِّينار؛لأنَّها تكسر لتخليص ملكه، [4]

فأمَّا إذا كانت قيمة المِحْبَرة دينار وقد وقع فيها دينار ،كان صاحبه بالخيار ،بـين أن يكسرها ويغرم قيمتها وبين أن يدعها ويدع الدِّينار فيها.[5]

---

[1] المِحْبَرة : بالكسر وعاء الحبر الذي يكتب به ، وفتح الميم وضم الباء لغة أيضاً قال الهروي . قال:بعضهم سُمِّي الحِبْر حبراً لتحسينه الخط وتزيينه إيَّاه وقيل: لتأثيره في المكان يكون فيـــه مـــن الحَبَار وهو الأثر . النظم المستعذب. ٢/ ٢٠٦

[2] انظر المهذب ٢/٢٠٦،فتح العزيز ٥/٤٦٨ ،مغني المحتاج ٢/٢٩٥.

[3] انظر فتح العزيز ٥/٤٦٨، الروضة ٥/٥٧.

[4] انظر المهذب ٢/٢٠٦.

قال الرافعي (وعلى صاحب الدينار الأرش ،وأجرى صاحب الكتاب (أي الغزالي) في وجـــوب الأرش الخلاف المذكور في الصورة الأولى (وهي الفصيل إذا دخل بيتاً)لكن التوجيه الذي مرّ لا يجيء هاهنـــا فتح العزيز ٥/٤٦٨.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٥٣.

فــرع

إذا سرق السَّارق فــــرد خــفٍّ [1] لرجــل فأتلفــه ، وقيمــة الفــرد الــذي سرقه [2] منفرداً درهمان ، وقيمة الزَّوج مجتمعين عشرة دراهم ، فكـــم يضمــن لصاحب الخفِّ؟

فيه وجهان:

أحدهما: أنَّه يضمن له ثمانية دراهم ؛ لأنَّ قيمة الجملة كانت عشرة ،وقيمة كلِّ فــرد خمسة ،وقد أتلف أحدها وبقي الآخر وقيمته درهمان، وقد أتلف عليــه في ا لجملــة ثمانية دراهم. [3]

والثاني: أنَّه لا يلزمه إلا درهمان؛ لأنَّهما قيمة القدر الذي أتلفه ولا يجب عليــــه إلا قيمة ما أتلفه ، [4] فأمَّـــا قيمــة مــا نقــص بســبب إتلافــه لشــيءٍ آخــر فلا يلزمه. [5]

ولا قطع عليه، بلا خلاف بين أصحابنا ،حتى يبلغ قيمة الفرد الذي سرقه نصابـــاً؛ لأنَّه ما أخرج من العين إلا عيناً قيمتها درهمان ، وما زاد على ذلك فليس هو قيمـــة

---

[1] الخُفُّ هو الملبوس جمعه خِفاف ،مثل كتاب: وخف البعير جمعه أخفاف، مثل قفل وأقفال.
انظر / المصباح المنير ص ٦٧ ، القاموس المحيط ص ٧٢٥.

[2] كذا ولعله (تركه)؛بدليل قوله الآتي (وقد أتلف أحدها وبقي الآخر وقيمته درهمان)أو أنَّ المراد أنَّ قيمة كل زوج منهما منفردين درهمان؛بدليل التعليل الآتي لكل وجه ،بخلاف قيمة كلٍّ فرد منهما مجتمعين فهي خمسة.

[3] وبه قال صاحب التلخيص ص ٥٤، واختاره الغزالي في الوجيز ٢١٣/١، قال النـــووي (وهـــو قـــول الأكثرين وعليه العمل) الروضة ٥٩/٥، وجزم بصحته في المنهاج ، المنهاج مع مغني المحتـــاج ٢/ ٢٨٨ ، وانظر /التهذيب ص ٤٦١، والوسيط ٤١٦/٣.

[4] انظر / بحر المذهب ٩/ل ٥٣/الوسيط ٤١٦/٣، فتح العزيز ٤٦٩/٥.
وهناك وجه ثالث ، أنه يضمن خمسة ، وصححه البغوي في التهذيب ص ٤٦١،وقواه النووي في الروضـــة ٥٩/٥.

[5] انظر /فتح العزيز ٤٦٩/٥،الروضة ٥٨/٥.

العين التي أتلفها، [1] وإنّما يلزمه القطع إذا أخرج/ عيناً قيمتها نصاباً [2] فأكثر فأمّا ما تكمل به النصاب فالتزمه بسبب آخر فلا ، ألا ترى أنّه إذا هتك[3] الحِرْز [4] فأتلف فيه شيئاً وأخذ شيئاً قيمته، تنقص عن النصاب ويكمل النصاب بإضافة قيمة ما أتلفه ،فإنّ القطع لا يلزمه ؛ لأنّ ذلك القدر ما أخرجه من الحِرْز، وإنّما أتلفه وخرج هو في ذمته ،و الله أعلم بالصَّواب.

٥

[1] انظر بحر المذهب ٩/ل ٥٣، فتح العزيز٥/٤٦٩،الروضة٥/٥٩

[2] وقدر النصاب عند الشّافعيّة ربع دينار ، أو ما قيمته ربع دينار .

انظر /التنبيه ص٢٤٥، الغاية والتقريب ص٣٩.

[3] هتك : هَتَكَ السِّتْرَ والثَّوْبَ يَهْتِكُه هَتْكاً فانْهَتَكَ و تَهَتَّكَ: جذبه فقطعه من موضعه أو شق منه جزءاً فبدا ما وراءه. انظر/ القاموس المحيط ص ٨٦١،لسان العرب ١٠/٥٠٢.

[4] الحِرْز: هو الموضع الحصين،ويرجع في تحديد الحرز إلى العرف .

انظر/ المهذب ٣/٣٥٥.

[٢٩] مســـــألـــة

قال الشَّافعيّ (و لَو غَصَبَهُ دَابَّةً فَضَاعت فَأَدَّى قِيْمَتَهَا ،ثُمَّ ظَهَرت فَرُدَّت عَلَيْـــهِ رَدَّ[١] [مَاقَبَضَ] [٢] مِنْ قِيمَتِهَا).

وهذا كما قال .

إذا غصب منه عبداً فأبق ،أو بعيراً فشرد، أو فرساً فَعَار، أو طـــائراً فطـــار كـــان للمغصوب منه أن يطالبه بقيمة المغصوب ،فإذا أعطاه القيمة ملكها المغصوب منـــه، و لم يملك الغاصب العين المغصوبة ، وإذا رجعت وجب عليه ردُّها وكان له استرجاع ما أعطى من القيمة . [٣]

وقال أبو حنيفة : يملك القيمة ويملك الغاصب المغصوب ، فإذا رجع لم يجب عليـــه ردُّه ، لأنَّه ملكه وليس للمغصوب منه ردُّ القيمة عليه واسترجاع المغصوب. [٤]

واحتجَّ من نصره: بأنَّه تضمين فيما ينقل فيه الملـــك ؛فوجـــب أن ينتقـــل بـــه الملك ؛[٥]الدليل عليه إذا غصب زيتاً فخلطه بزيته؛ [٦]ولأنَّه إذا كانت له جاريـــة فوطئها أحدهما وأحبلها قوِّم عليه نصيب شريكه ويزول الملك به، فكذلك هاهنا .

قالوا : ولأنَّا [لو] [٧] ملكناه القيمة وأبقينا المغصوب على ملكه أدَّى ذلك إلى أن يجمـــع له بين البدل والمبدل ؛ وذلك لا يجوز ،كما لا يجوز أن يجتمع لرجل الثمن والمثمن. [١]

---

[١] في المطبوع ١٢٩ (رُدَّت عليه ، وردَّ) .

[٢] في المخطوط (مانقص) وفي المطبوع (ماقبض) ص١٢٩وهو المناسب لمسألتنا.

[٣] انظر/ الأم ٣/٢٨٦-٢٨٧،الحاوي ٧/٢١٦، الوسيط ٣/٣٩٨،التهذيب ص٤٦٠، رحمـــة الأمـــة في اختلاف الأئمة ص٣٣٣. قال النووي (قد حكى صاحب البيان عن القفال :أنَّ المالك لا يملـــك القيمـــة المأخوذة للحيلولة ، بل ينتفع به على ملك الغاصب ؛لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل ،وهذا شاذ ضعيـــف نبهت عليه لئلا يغتر به)). الروضة ٥/٢٧ ،و انظر/ البيان ٧/٢٠.

(٤) انظر/ مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، تكملة فتح القدير ٩/٣٤٥، بدائع الصنائع ٦/١٤٦، البنايـــة ٨/ ٣٩٩-٤٠٠.

[٥] انظر/ تكملة فتح القدير ٩/٣٤٥، بدائع الصنائع ٦/١٤٦،حاشية بن عابدين ٥/١٢٨.

[٦] كما تقدم ص١٨٥.

[٧] [لو]ساقطة ،وأثبتنها لدلالة السياق عليها.

ودليلنا : أنّ الأصل أنّ المغصوب ملك للمغصوب منه فمن ادّعى زواله إلى الغاصب فعلية الدليل ؛ولأنّه غَرِم ما تعذّر ردُّه بخروجه من يده ؛فوجب أن لا يملكه؛[2] الدليل عليه إذا غصب منه مدبّراً فأَبِق .

فإن قيل : المعني في المدبّر أنّه لا يصحُّ نقل الملك فيه بالبيع وليس كذلك في مسألتنا ؛فإنّه يصحُّ نقل الملك في المغصوب فانتقل الملك فيه بالتضمين . [3]

فالجواب عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها : أنّا لا نسلّم ذلك ؛ لأنّ عندنا يجوز بيع المدبّر، [4]ولا تصحُّ المعارضة على أصلكم أيضاً ؛ لأنّ الآبق ،والطير الطائر وكلّ مالا يقدر على تسليمه لا يجوز بيعه ، ولا يصحُّ نقل الملك فيه بالبيع.[5]

ثم نقول لو كان تقويم الغاصب يقتضي زوال الملك لما دخل إلا حيث يصحُّ زوال الملك ، وقد أجمعنا على أنّه يدخل التقويم حيث لا يصحُّ زوال الملك فيه قولان؛[6]لأنّ على مذهبكم يقوّم المدبّر ولا يصحُّ زوال الملك فيه،[7] وتقوّم أمُّ الولد أيضاً ولا يصحُّ زوال الملك فيها. [8]

ولأنّه تقويم لأجل الحيلولة فلم يتعلّق به زوال ملك المقوّمما ذكرناه [9]/ [1/ه] ويدل عليه أنّه إذا رجع وجب عليه ردُّه ،فنقول: أنّه إنّما غرم قيمته لأجل الحيلولة بالإباق ،

---

[1] انظر/ تكملة فتح القدير ٩/٣٤٥، بدائع الصنائع ٦/١٤٦، البناية ٨/ ٣٩٩-٤٠٠،الاختيار ٣/ ٦٠.

[2] انظر /الحاوي ٧/٢١٧، بحر المذهب ٩/ل ٥٤ تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص١٠٥.

[3] انظر/ بدائع الصنائع ٦/١٤٦،تكملة فتح القدير ٩/٢٤٥، البناية ٨/٤٠١.

[4] انظر /التنبيه ص ١٤٦، الوجيز ٢/٢٨٢.

[5] انظر /المبسوط ١٣/١٠، مختصر الطحاوي ص٨٢.

[6] كذا في المخطوط ولعل في الكلام سقطاً .

[7] انظر /تكملة فتح القدير ٩/٣٦٨، بدائع الصنائع ٦/١٣٧.

[8] لا خلاف بين الحنفية في أنّ أم الولد متقوّمة بالقتل،أمّا من حيث أنّها مال فقيه قولان :

أنّها لا تضمن فعليه لا تقوم، وبه قال أبو حنيفة .

أنّها تضمن وتقوم ، وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن .

انظر / بدائع الصنائع ٦/١٣٧، الهداية مع تكملة فتح القدير ٩/٣٦٨، والبناية ٨/٤٤٦.

[9] كذا ولعل صوابه (لما ذكرنا).

فإذا رجع فقد زال ذلك المعني ؛ فوجب أن يجب ردُّه على صاحبه،[1]كما يقول في ضوء العين إذا ذهب ثم عاد فإنَّ الأرش يُرد ، وكذلك إذا قلع سناً ثم نبتت وجب ردُّ الأرش ، لأنَّه وجب لذهاب السِّن فإذا عادت وجب الردُّ.[2]

فأمّا الجواب عن دليلهم الأول: [3] فهو أنّا لا نسلِّم أنَّه يصحُّ نقل الملك فيه ؛لأنَّ بيع المغصوب منه إذا أبق لا يصحُّ [4] ،ثم هذا ينتقض به إذا قطع إحدى يدي عبد ،أو قطع رَجُلان يديه كلُّ واحد منهما يداً ،فإنَّه يقوَّم فيجب نصف القيمة ،أو جميعها وذلك تضمين فيما ينتقل فيه الملك ولاينتقل الملك ؛لأنَّ العبد يبقى على ملك صاحب العين ،ثم المعنى في الزيت أنَّه يصحُّ بيعه في تلك الحال،[5]وليس كذلك في مسألتنا ،فإنّ الآبق لايصحُّ بيعه ؛فلهذا لم ينتقل فيه الملك .

---

[1]انظر /تخريج الفروع على الأصول ص١٠٥.

[2] وهذا مذهب الحنفية ،وقال أبو يوسف : يلزمه حكومة عدل باعتبار الألم .

انظر/ المبسوط ٩٨/٢١،مختصر الطحاوي ص٤٥.

و انظر/ الأم ٢٨٧/٣، الحاوي ٢١٧/٧.

[3]وهو قولهم (تضمين فيما ينقل فيه الملك ؛فوجب أن ينتقل به الملك ؛الدليل عليه إذا غصب زيتاً فخلطه بزيته).

[4] لأنه غير مقدور على تسليمه ،فلا يصحُّ بيعه .

انظر/ الحاوي ٢١٧/٧، المهذب ١٩٨/٢.

[5] كما تقدم ص١٨٦.

وأمَّا الجواب عن الجارية بين الشريكين يطأها أحدهما فيحبلها :فهو أنَّ الإحبـــال إذا سرى انتقل الملك بسراية الإحبال قبل التقويم،[1] فإنَّما الكلام في انتقالـــه بـــالتقويم ،فلم يصح قياسه على تلك المسألة لافتراقهما من الجهة التي ذكرناها .

وأمَّا الجواب عمَّا ذكروه من اجتماع البدل والمبدل لأحدهما : [2] فهو أنَّ ينتقـــض بمسألة العبد يقطع إنسان يديه ،فإنَّ صاحبه يأخذ جميع قيمته ويجتمـــع لـــه البـــدل والمبدل. [3]

ثم المعنى في البيع أنَّه معاوضة ،ومن شرط المعاوضة أن يجعل لأحدهما عوض في مقابلـة ما حصل للآخر ،فلو جمعنا بين الثمن والمثمن في حقِّ أحدهما كان ذلك إخراجاً مـــن موضوعه [4] ، وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّ هذا التقويم ليس للمعاوضة ،وإنَّمـــا هو لتعذُّر ردِّ المغصوب بخروجه من يده ؛ألا ترى أنَّه إذا قدر عليه قبل القبض وجـــب ردُّه .

---

[1] إذا أولد أمة له نصفها فإن كان موسراً سرى الاستيلاد ،وهل يسري بنفس العلـــوق؟ أم بـــأداء القيمة؟ أم يتبين كأدائها السراية بنفس العلوق ؟فيه الأقوال الثلاثة وأظهرها :أنَّه يسري بنفس العلوق ، وعلى الأقوال الثلاثة تلزم المستولد نصف المهر لشريكه مع نصف قيمة الأمة ،ثم إن قلنا: يحصـــل الملك بأداء القيمة وجب مع ذلك نصف قيمة الولد.

انظر/الروضة ١٢/١٢١، مغني المحتاج ٤/٤٩٦.

[2] وهو المغصوب منه .

[3] كما تقدم ص ١٠٤.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢١٧.

فصل

إذا تقرَّر أنَّ الغاصب لا يملك المغصوب بالتقويم ، وأنَّه باق على ملك المغصوب منه ، فإذا قدر عليه وجب ردُّه على المغصوب منه ، وإذا ردَّه عليه وجب على المغصوب منه ردُّ القيمة التي أخذها ، فإذا كانت بحالها لم تزد و لم تنقص ردَّها بعينها [1] ، وإن كانت زادت زيادة متميِّز ، كانت الزيادة للمغصوب منه ؛ لأنَّها نماءٌ متميِّز عن ملكه ،وإن كانت الزيادة متَّصلة ردَّها بزيادتها [2].

وأمَّا المغصوب : فإنَّه يأخذه بزيادته المتميِّزة وغير المتميِّزة ، وليس للغاصب شيء في ذلك ؛ لأنَّه /كان نامياً على ملك المغصوب منه.[3]

٢٥٢/أ/٥

هذا إذا كانت القيمة باقية ، وإن تلفت ردَّ عليه مثلها إن كان لها مثل ، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل [4].

فأمَّا أجرة مثل المغصوب : فلا خلاف بين أصحابنا أنَّ الغاصب يلزمه ردُّ أجرة المثل من حين غصب إلى أن يسلِّم القيمة [5].

فأمَّا ما بعد ذلك ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ؛ لأنَّ المغصوب كان باقياً على ملك المغصوب منه [6].

والثَّاني : لا يلزمه ذلك ،ويكون الانتفاع بالقيمة في مقابلة ذهاب منافع المغصوب. [7] والله أعلم .

---

(1) انظر / الحاوي ٢١٨/٧ ، والمهذب ١٩٨/٢، الوسيط ٣٩٨/٣

(2) انظر / المهذب ١٩٨/٢—١٩٩ ، والروضة ٢٧/٥.

قال النووي : (قال القاضي أبو الطيب والجرجاني هذا إذا تصور كون القيمة مما تزيد). انظر : الروضة ٢٧/٥ .

(3) بحر المذهب ٩/ل ٥٥ ، ونهاية المحتاج ١٥٦/٥ .

(4) انظر / المرجعين السابقين .

(5) انظر /الحاوي ٢١٨/٧ ، ومغني المحتاج ٢٨٣/٢.

(6) انظر / الحاوي ٢١٨/٧، والمهذب ١٩٨/٢ .

قال الرُّوياني : (وهذا ظاهر المذهب)بحر المذهب٩/ل ٥٥، وهو الأصح ، انظر : فتح العزيز ٤١٩/٥ .

(7) انظر : المراجع السابقة .

قال : الرُّوياني : وهذا أقيس ...) ٩/ل٥٥ .

فـــصـــل

وقال في موضع آخر : [1] **(لو قال الغاصب : أنا اشتريها منك ، وهي في يـــدي قد عرفها إيَّاها كان البيع جائزاً)** .

قال المزني : (منع بيع الغائب في إحدى المسألتين [2] ، وأجازه في الأخرى [3]).

وهذا الذي ذكره المزني معناه : أنَّ [4] الشَّافعيّ في أخذ القيمة ليس ببيع ،ولو كـــان بيعاً ما جاز بيع دابَّة غائبة .[5]

ثم قال المزني : قد منع الشَّافعيّ بيع الغـــائب في إحـــدى المســـألتين ، وأجـــازه في الأخرى .

وقد قال : إذا قال الغاصب: الدابَّة عندي بِعْينها ،فباعها منه، أنَّ البيع جائز وهـــي غائبة [6].

والجواب أنَّ الشَّافعيّ أراد بقوله : (ما جاز) أن يباع دابَّة غائبة غير مقدور علـــى تسليمها ، كما لا يجوز بيع الآبق، والطائر في الهواء ، والسمك في الماء [7].

ويخالف هذا بيعها من الغاصب ؛ لأنَّ الدَّابَّة مقدور على تسليمها، فإذا كان كذلـــك سقط سؤال المزني. [8].

---

[1] قوله (وقال في موضع آخر ...) وقع في المخطوط بعد قول المزني ،وقد قدَّمناها،وأخرَّنا قـــول المـــزني، محافظة على سياق الكلام ،وتبعاً لمختصر المزني المطبوع ص١٢٩ ،وكذلك المطبوع مع الحاوي ،وهو الموافق لصنيع الشارح هنا .

[2] وهي مسألة (ولو غصب دابَّة فضاعت ...) المتقدمة ص٢٤٠.

[3] وهي هذه المسألة .

[4] كذا ولعل صوابه (أنَّ رأي الشَّافعيّ ..)

[5] انظر : الحاوي ٢١٤/٧ ، الأم ٢٨٧/٧ .

[6] ونص ما في الأم " ولو كان الغاصب قال له : أنا اشتريها منك ، وهي في يدي قد عرفتها ، فباعه إياها بشيء قد عرفه قلّ أو كثر فالبيع جائز " انظر : الأم ٢٨٧/٣ .

[7] انظر : التنبيه ص ٨٨ ، والمنهاج مع السراج الوهاج ص ١٧٤ .

[8] انظر بحر المذهب ٩/ل ٥٦.

وأمّا بيع المال الغائب المقدور على تسليمه فقد حكينا في البيـــوع [1] أنّــه إذا رآه المشتري ثم اشتراه بعد ذلك وقد سبقت معرفته به أنّ البيع يصحُّ [2]، فــإن تسـلّمه وكان على صفته فلا خيار له [3] ، وإن كان تغيَّر عن صفته كان له الخيار [4] ، ولا فرق بين أن تطول المدَّة أو تقصر .

وقال أبو علي بن أبي هريرة:[5]إن طالت المدَّة و لم يؤمن تغيُّره فيها لم يصحّ البيـــع ،وإن قصرت وأمن تغيُّره صحَّ البيع [6].

وهذا ليس بصحيح ؛ لأنّ التغيُّر قد يكون في المدَّة القصيرة ،والمدَّة الطويلة فـــلا يؤمن في الحال ؛ ولأنَّه إذا احتمل أن يكون على صفته ، واحتمل أن يكون قـــد تغيَّر فالأصل بقاؤه على تلك الحال وعدم التغيير .

---

[1] في ص .

[2] وقال أبو القاسم الأنماطي : (لا يجوز في قوله الجديد ؛ لأن رؤيته شرط في العقد فاعتبر وجودهـــا في حال العقد كالشهادة في النكاح ، والمذهب الأول) وهو صحة البيع . انظر : المهذب ٨٥/٢ و أنظر/ الروضة ٣/٣٧٠ـ٣٧١ .

[3] انظر / المهذب ١٥/٢، وبحر المذهب ٩/ل٥٦ ، والروضة ٣٧١/٣ .

[4] انظر : المراجع السابقة .

[5] تقدمت ترجمته في ص١٢٦ .

[6] ونقله الرُّوياني في البحر عن بعض الأصحاب ، وجزم بصحة البيع في الحالين ٩/ل٨٦ .
ولكن المذهب التفريق بين المدة الطويلة التي لا يؤمن فيها التغير، والمدة القصيرة التي يؤمن فيها التغير .
انظر : الروضة (٣٧١/٣) ، ومغني المحتاج (١٨/٢ـ١٩) .
وليس المراد بالتغير حدوث العيب فقط ، بل يشمل التغير عما كان عليه عند الرؤية من الصفات . انظر : مغني المحتاج ١٩/٢ .

فـــرع

إذا أَنْزَى [1] فحل غيره على رَمَكَتِه [2] بغير إذنه فأتت بولد كان الولد لـه دون صاحب الفحل ؛ لأنَّ الولد يتبع الأمَّ في الملك؛ [3] ألا ترى أنَّ ولد الأمة من زوجها يكون مملوكاً لسيِّدها دون زوجها ؟[4] ولا أجرة عليه [5] ، للعَسْب[6]؛ لأنَّ النَّبي ﷺ ((نهى عن عَسْب الفَحْل)). [7]

وينظر فإن نقصت، قيمة الفَحْل بذلك لزمه ضمانُ ما نقصه [8]/ وذلك مثل : أن يكون الفحل ما نزا على بهيمة فيعتاد بذلك النزوُ، فيغلبه

1/5

---

[1] نَزَىَ : الفحل نَزْواً من باب قتل ، ونَزَواناً وثَبَ ، والاسم النِّزَاء مثل كِتاب وغُراب ، يقال ذلك في الحافر والظلف والسباع ويتعدي بالهمزة والتضعيف ، فيقال : أنْزَاه صاحبه ونَزَّاه تنـزية . انظر : المصباح ، ص ٢٢٩ ، والقاموس ، ص (١٢٠٤) .

[2] الرَّمَكَة -بفتحتين -: هي الأنثى من البراذين ، والجمع رَمَكَات ،ورِمَاك . مثل : رقبة ورقاب ،وثمرة وثمار ،وكذلك (أرْمَاك)كأثمار انظر : المصباح المنير ص (٩١) ، مختار الصحاح ص (٢٥٧) .

[3] انظر : الحاوي ١٩٣/٧ــ١٩٤ ، وفتح العزيز ٤٨٠/٥ .

[4] انظر/ البيان ٦٧/٧.

[5] انظر : الحاوي ١٩٣/٧ ، والروضة ٦٦/٥ .

[6] العَسْب -بفتح العين وإسكان السين المهملتين وفي آخره موحدة ويقال له العسيب أيضاً،وهو ماء الفحل، والفحل الذّكر من كلِّ حيوان فرساً كان أو جملاً أو تيساً أو غير ذلك، وعَسْبه أيضا . ضِرَابه . و لم ينه عن واحد منهما ، وإنَّما أراد النهي عن الكراء الذي يؤخذ عليه ، فإن إعارة الفحل مندوب إليها ، وقد جاء في الحديث " ومن حقها إطراق فحلها " انظر : النهاية في غريب الحديث (٢٣٤/٣) ،وفتح الباري ٥٣٩/٤.

[7] أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر ﷺ كتاب الإجارة باب عَسْب الفحل ٥٣٩/٤ برقم (٢٢٨٤).

[8] انظر / التنبيه ، ص ١١٤ ، الحاوي، ١٩٤/٧،البيان ٦٧/٧.

الشَّبَق، [1] والشهوة ،فيضر براكبه ويَحنَطُ [2] به إذا رأى حِجْراً. [3]

وإن أنزَى فحلاً له على حِجْرٍ لغيره كان الولد لصاحب الحِجْر دون صاحب الفَحْل لما ذكرنا. [4]

---

[1] الشَّبَق : شدة الغُلمة أي الشهوة ، وبابه طرب . انظر : مختار الصحاح ، ص (٣٢٧) ، والقاموس المحيط ، ص (٨٠٧) .

[2] حَنَطَ ،ونَحَطَ إذا زَفَرَ . لسان العرب ٢٧٨/٧.

[3] الحِجْر بالكسر : أنثى الفرس وجمعها حُجُور ، وأحْجَار ، وقيل : الأحجار ، جمع الإناث من الخيل ، ولا واحد لها من لفظها ، وهذا ضعيف لثبوت المفرد . انظر : المصباح ، ص ٤٧ ، القاموس المحيط ، ص ٣٣٦ .

[4] انظر / الإقناع لابن المنذر ٧١٤/٢ ، الحاوي ١٩٣/٧ ، وفتح العزيز ٤٨٠/٥ ، والروضة ٦٦/٥ .

[٣٠] مسـألـة

قال الشّافعيّ: (**وَلَو بَاعَهُ عَبْدَاً وَقَبَضهُ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ أَقَرَّ الْبَائِعُ أَنَّهُ غَصَبَهُ مِـنْ رَجُلٍ ،فَإِنْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي نَقَضْنَا الْبيعَ وَرَدَدْنَاهُ إِلَى ربِّهِ**). [١]

وهذا كما قال .

إذا باع رجل من رجلٍ عبداً ، ثم ادَّعى آخر أنَّ العبد له ،وأنَّ البائع غصبه منـه لم يخلُ حال المشتري من أحد أمرين :

إمَّا أن يكون أعتق العبد، أو لم يعتقه .

فإن لم يعتقه لم يخلُ حال البائع والمشتري من **أحد أربعة أحوال** :

إمَّا أن يصدِّقاه على دعواه ، أو يكذِّباه ،أو يصدِّقه البائع دون المشتري ، أو المشتري دون البائع .

فإن صدَّقاه :وجب على المشتري ردُّ العبد عليه ، وكان على البائع ردُّ الثمن إن كان قبضه ، وإن كان لم يقبضه سقط عن المشتري ؛ لأنَّ العقد حقٌّ لهما ولا يتعلَّق بالعقد حقٌّ لغيرهما .

فـإذا أقـرَّ بـالعبد للمدَّعـي وصدَّقـاه في دعـواه لزمهما إقرارهما. [٢]

وأمَّـا إذا صدقـه البـائع ،وكذَّبـه المشـتري [٣] لم يصـح إقـرار البائع له بالعبد ؛ لأنَّـه ملـك لغـيره ، وإقـرار الإنسـان في ملـك لغـيره لا يصح ؛ألا ترى أنَّه إذا أقرَّ بأنَّ العبد الذي في يد زيد لعمرو لم يصـح إقـراره ؟ فكذلك هاهنا. [٤]

---

[١] المختصر المطبوع ، ص ١٢٩ .

[٢] انظر :الحاوي ٢١٨/٧ ، وبحر المذهب ٩/ل٥٦ .

[٣] الحالة الثانية وهي الثالثة حسب تقسيم الشارح السابق .

[٤] انظر : الأم ٢٨٧/٢ ، والحاوي ٢١٩/٧ .

-ويستثنى من ذلك إذا أقر البائع بالغصب في زمن الخيار ، فيجعل ذلك فسخاً للبيع .

انظر / فتح العزيز ٤٣٥/٥ ، والروضة ٣٠/٥ .

وأمَّا الثَّمن : فإذا كان البائع قبضه لم يكن للمشتري قبضه ؛[1] لأنَّه مقرٌّ بصحة البيع، واستحقاق البائع الثَّمن،[2] وإن كان البائع لم يقبض لم يكن له أن يُقْبِضه ؛ لأنَّه مقرٌّ ببطلان البيع ، وأنَّه لا يستحقُّ الثَّمن على المشتري،[3] وهل يَغْرَم البائع قيمة العبد إذا لم يثبت للمدَّعي بإقراره أم لا؟.

قد ذكرنا فيما مضى أنَّ الرجل إذا قال هذا لزيد، لا ،بل لعمرو ، أنَّ العبد يثبت لزيد.

وهل يغرم قيمته لعمرو أم لا ؟ فيه قولان.[4]

إذا ثبت هذا فقد اختلف أصحابنا في هذه المسألة ، فمنهم من قال على قولين كتلك المسألة .

وقال أبو علي بن أبي هريرة[5] على ما حكاه عنه الماسَرْجِسِي[6] إنَّ المسألة على قول واحد وأنَّ الضَّمان يلزمه ؛ لأنَّه حصل له العوض وهو ثبوت الثَّمن بإقرار المشتري ، وإنَّما القول[7] إذا لم يحصل له عوض.[8]

---

[1] أي استرجاعه من البائع .

[2] وذلك لإنكاره كون العبد مغصوباً .

[3] وذلك لأنه أقر بأنه باع ما لم يملك . انظر : بحر المذهب (٩/ل٥٦ــ٥٧) .

[4] القول الأول : أنه لا يغرم وهو الذي نقله المزني في المختصر ، ص (١٢٤) .
والقول الثاني : أنَّه يغرم وهو الأصح عند الأكثرين . انظر : والإقناع لابن المنذر ص ٧١٨/٢ ،فتح العزيز ٣٤٠/٥ــ٣٤١ ، الروضة ٤٠١/٤ ، والمنهاج مع مغني المحتاج ، ٢٥٧/٢.

[5] تقدمت ترجمته ص ١٢٦.

[6] تقدمت ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٢.

[7] أي الخلاف .

[8] وبه جزم الماوردي في الحاوي ٢١٩/٧، وصححه البغوي في التهذيب ، ص ٥٠٦ .
و انظر : فتح العزيز ٣٤١/٥.

وليس هذا بصحيح ؛ لأنَّ الشَّافعيّ نصَّ في كتاب الإقرار [1] بـــالحكم الظـــاهر أنَّ المسألة على قولين [2] على ما حكاه القاضي أبو حامد [3] ، والذي ذكره أبو علـــي من الفرق بين المسألتين ليس بصحيح ؛ لأنَّه إن كان لم يقبض الثمن فلم يحصل لـــه عوض/ وهو لا يفرق بين الأمرين ، وإن كان قبض الثمن فهو مقرٌّ بأنَّه لا يستحقه، ولا يصحُّ تصرفه فيه وهو في معنى ما لم يقبضه .

/٥

فأمَّا إذا أقام البائع بيِّنة على أنَّ العبد مغصوب لم تسمع بيِّنته ؛ لأنَّه كذَّبها بما تقـــدَّم من تصرُّفه في العبد بالبيع ،وإن شهد البائع للمدَّعي مع آخر لم تقبل شهادته ؛ لأنَّـــه كذَّب شهادته بما تقدَّم من تصرُّفه ،فمنعه ذلك من إقامة البيِّنة والشهادة ؛ لأنَّه متَّـــهم في الشهادة [4] ؛ لأنَّه يدفع غرامة القيمة بها على أحد القولين اللذين ذكرناهما. [5]

وإن طالب المشتري بالثمن أُحْلِف له ؛ لأنَّه لو أقرَّ له بدعواه لزمه إقراره فتوجَّـــهت اليمين عليه إذا أنكر وطولب بها. [6]

إذا ثبت هذا ،فإن رجع العبد إلى يد البائع –بابتيـــاع ،أو إرث، أو هبـــة، أو غـــير ذلك– وجب عليه ردُّه إلى المدَّعي ؛ لأنَّ إقراره له به قد تقدَّم ، وإنَّما لم ينفذ لتعلُّـــق حقِّ الغير به ،فإذا سقط حقُّ الغير بعد إقراره فيه ولزمه التسليم [7] ، كما نقـــول في المكاتب إذا جاء بمال الكتابة فقال سيِّده: هذا مال فلان غصبته عليه ، فإنَّه بـــين أن يُبْرئَه وبين أن يقبله .

فإن قبل المال وجب عليه ردُّه على الذي أقرَّ له به ، فكذلك هذا .

هذا إذا صدَّقه البائع وكذَّبه المشتري .

---

(1) الإقرار : إخبار بحق لغيره عليه . السراج الوهاج ص ٢٥٤ ، مغني المحتاج ٢/٢٣٨.

(2) كتاب الإقرار من الأم ٣/٢٧٧ـــ٢٧٨ .

(3) تقدمت ترجمته في مبحث شيوخ المؤلف ص٢٩.

(4) انظر : بحر المذهب ٩/ل٥٧، وفتح العزيز ٥/٣٤٢ .

(5) ص (٢٥٠).

(6) بحر المذهب ٩/ل٥٧ .

(7) انظر : الحاوي ٧/٢١٩ ، بحر المذهب ٩/ل ٥٧ ، التهذيب ص ٥٠٦ .

فأمَّا إذا صدَّقه المشتري ،وكذَّبه البائع: [١] وجب عليه ردّ المبيـــع وتســليمه إلى المدَّعي [٢].

وأمَّا الثمن : فإن كان البائع قبضه لم يكن للمشتري استرجاعه ، وإن كان لم يقبضـه لم يكن له منعه منه ؛ لأنَّ إقراره ينفذ في حقّه دون حقٍّ غيره .[٣]

فأمَّا إذا كذَّباه [٤] كان القول قولهما في ذلك ،فيحلف المشتري وتســقط دعــواه بيمينه ؛ لأنَّه لو أقرَّ له لزمه إقراره [٥] ، فإن أنكر توجَّهت عليه اليمين. [٦]

وأمَّا البائع فإن قلنا : أنَّه يَغْرم القيمة إذا صدَّقه وكذَّبـــه المشـــتري حلــف ؛ لأنَّ للإحلاف فائدة ،وهو غرامة القيمة عند النكول ويمين المدِّعي ؛ لأنَّ نكوله مع يمـــين المدَّعي بمترلة إقراره، وإن قلنا لا يَغْرم القيمة لم يحلف ؛ لأنَّه لا فائدة في إحلافه ؛ لأنَّه إذا نكل وحلف المدَّعي لم يلزمه الغرامة. [٧]

هذا الكلام في القسم الأول وهو إذا لم يعتقه المشتري .

فإمَّا إذا أعتقه فأقرَّا له بالعبد لم ينفسخ العتق و لم ينفذ إقرارهما بــالعبد ؛ لأنَّ حـــقَّ غيرهما تعلّق به، [٨]ويفارق تلك المسألة [٩] ؛ لأنَّ العبد حقّهما و لم يتعلّق به حـــقٌّ لغيرهما فنفذ إقرارهما به ، وإن وافقهما العبد على ذلك لم ينفذ إقرارهم جميعـــاً ،ولم

---

[١] هذه الحالة الثالثة وهي الرابعة حسب تقسيم الشارح ص٢٤٩.

[٢] التهذيب ص ٥٠٦ .

[٣] انظر : الحاوي (٢١٩/٧) ، وبحر المذهب (٩/ل٥٦) .

[٤] هذه الحالة الرابعة وهي الثانية حسب تقسم الشارح ص٢٤٩.

[٥] كذا في المخطوط ولعل العبارة هكذا (لأنَّ إقراره له به)

[٦] انظر : المرجعين السابقين .

[٧] انظر/ فتح العزيز ٣٤١/٥ .

[٨] وهو حق الله تعالى ،وحق العبد في التصرف . الحاوي ٢١٩/٧-٢٢٠،التهذيب ص ٥٠٧ ، ومغـــني المحتاج ٢٨٧/٢ .

[٩] وذلك إذا أقر البائع والمشتري بالغصب .

يُرَدّ العتق ؛ لأنّ حقّ الله تعالى تعلّق بالعتق ، ألا ترى أنّ البيِّنة على عتق العبد تسمع، وإن كان سيِّده ينكر العتق والعبد يوافقه على ذلك؟. [1]

إذا ثبت هذا ،فإنّ العبد مضمون عليهما بالقيمة ؛ لأنّ البائع متعدٍّ والمشتري/ قابض من يد ضامنه، فله أن يُغَرِّم البائع أكثر ما كان قيمته من حين غصب إلى أن أعتق ، وله أن يُغَرِّم المشتري أكثر ما كان قيمته من حين قبضه من البائع إلى أن أعتق، وإذا غَرِمَ البائع رجع على المشتري، وإذا غَرِم المشتري لم يرجع على البائع ؛ لأنّه دخل في البيع على أن يكون العبد مضموناً عليه ، فإذا كان التلف في يده أستقرَّ الضمان عليه. [2]

فأمّا باقي الأحكام فعلى ما ذكرنا في القسم الأول، [3] والله أعلم .

---

[1] انظر : الحاوي ٢١٩/٧ ، بحر المذهب ٩/ل ٥٧ ، والتهذيب ٥٠٦ .

[2] انظر/ المرجعين السابقين .

[3] انظر : ص ٢٤٩،وما بعدها.

فـــصل

قد ذكرنا أنَّ عتق العبد لا يرتفع [1] ، فإن مات ذلك العبد وفي يده مال ، فـــإنَّ المال للمدَّعي المقرّ له بالرِّق ؛ لأنَّ مال العبد لا يتعلَّق به حقُّ الله ، وعتقه قد تعلَّـــق به حقُّه فنفذ إقراراهم فيما لم يتعلَّق به حقُّ الله تعالى ،و لم ينفذ فيما تعلَّق به .

فأمَّا ولاؤه فإنَّه يكون موقوفاً إلى أن يتبيَّن . [2]

فـــصل

إذا باع عبداً و شرط خيار ثلاثة أيام، ثمَّ أقرَّ بالعبد لرجل ادَّعى أنَّه عبده غصبه منـــه صحَّ إقراره وانفسخ البيع ؛ لأنَّ للبائع أن يفسخ في تلك المدَّة علـــى كـــلِّ حـــال ، وإقراره له بالعبد فسخ للبيع ؛فلهذا نفذ إقراره فيه ،ويفارق هذا إذا كان ذلك بعـــد لزوم العبد بانقطاع الخيار ؛ لأنَّـــه [لا]يملـــك [3] الفســـخ بعـــد لزومـــه فلـــم ينفذ إقراره . [4]

---

[1] كما تقدم في المسألة السابقة .

[2] انظر/ هذا الفصل في البيان ٧/٧٦،الروضة ٤/٤١٣.

[3] في المخطوط (يملك)بدون (لا) والصواب ما أثبته ؛لدلالة السياق .

[4] انظر/ هذا الفصل في البيان ٧/٧٦.

[٣١]مسألة

قال : (وَإِنْ كَسَرَ لِنَصْرَانِي صَلِيْبَاً [١] فَإِنْ كَانَ يَصْلحُ لِشيءٍ مِنْ الْمَنَافِعِ مُفَصَّلاً فَعَلِيهِ مَا بيْنَ قِيمَتِهِ مُفَصَّلاً وَمَكْسُوراً) [٢].

وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الجزية [٣].

* * *

[٣٢]مسألة

قال الشَّافعيّ : (وَإِنْ أَرَاقَ لَهُ خَمْرَاً،أَوْ قَتَلَ [له] [٤] خِنْزِيْرَاً فَلا شَيء عَلِيهِ، وَلا قِيْمَةَ لِمُحَرَّم) . [٥]

هذا كما قال .

إذا أراق مسلم على ذمي خمراً لم يلزمه الضَّمان ، وإذا ترافعا في ذلك إلى الحاكم لم يحكم بالضَّمان ، وكذلك إذا باع الخمر من ذميٍّ لم يصحَّ البيع ،وإذا ترافعا في ذلك إلى الحاكم حكم ببطلانه.[٦]

---

[١] صليب : هو فعيل من الصَّلب، وهو الذي يتخذه النصارى على مثال الإنسان ، ومثال الجنس الذي يزعمون أنَّ عيسى عليه السلام صلب عليه ويتبركون به وقد كذَّبهم الله تعالى بقوله : ﴿ وَقَوْلِهِمْ إِنَّا قَتَلْنَا ٱلْمَسِيحَ عِيسَى ٱبْنَ مَرْيَمَ رَسُولَ ٱللَّهِ وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَٰكِن شُبِّهَ لَهُمْ وَإِنَّ ٱلَّذِينَ ٱخْتَلَفُواْ فِيهِ لَفِى شَكٍّ مِّنْهُ مَا لَهُم بِهِۦ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا ٱتِّبَاعَ ٱلظَّنِّ وَمَا قَتَلُوهُ يَقِينًا ﴾ [النساء:١٥٧] . انظر : النظم المستعذب ٢/٢٠٩ .

[٢] انظر : مختصر المزني (١٣٠) ، وتمام ما في المختصر (وإلا فلا شي عليه) ، ص ١٣٠ .

[٣] كتاب الجزية من التعليقة الكبرى ٥/ل/٢٦٠،والجزية : تطلق على العقد مع أهل الذمة ،وعلى المال الملتزم . انظر :مغني المحتاج ٤/٢٤٢، وانظر : السراج الوهاج ، ص (٥٤٩).

[٤][له] زيادة من المختصر المطبوع (١٣٠) .

[٥]المختصر المطبوع ص١٣٠،وتمامه فيه (لأنّه لا يجري عليه ملك)

[٦]انظر/الإقناع لابن المنذر ٢/٧١٥،المهذب ٢/٢٠٨،وحلية العلماء ٥/٢٤٨،الوجيز ١/٢٠٨،رحمة الأمة ص ٣٣٤ .

وقال أبو حنيفة : يجب الضَّمان على المسلم والذميِّ للذميِّ ، وإذا باع ذِميٌّ خمراً من ذِميٍّ صحَّ البيع وحلَّ له الثمن ، وقال: إن كان الذي أتلف الخمر ذمياً لزمه مثلها ؛ لأنَّ لها مثلاً ، وإن كان مسلماً لزمه قيمتها. [1]

واحتجَّ من نصره :بما روي أنَّ عاملاً لعمر بن الخطاب كتب إليه أنَّ أهل الذِّمَّة يمرُّون بالعاشر ومعهم الخمور ، فكتب إليه عمر (ولُّوهم بيعها ،وخذوا منهم عشور [2] أثمانها)[3] ، فدلَّ على صحَّة البيع وثبوت الثَّمن.

ولأنَّه مال يتموَّلونه ؛فوجب ضمانه كسائر الأموال؛ [4] ولأنَّهم يُقرُّون على الخمر والخنزير ،ويتركون على اعتقادهم ويتعاملون بهما ، وإذا غصبها بعضهم على بعض لم يردَّها [5] على صاحبها؛ فثبت أنَّ ذلك يجري مجري/ سائر أموالهم. [6]

٥/ل/٢٥٤أ

ولأنَّ دماءهم مباحة قبل التزام الجزية ، ثم إذا التزموها حقنت دماؤهم وصارت مضمونة ، فكذلك يجب أن تصير أموالهم بعقد الذمة مضمونة . [7]

ودليلنا : ما روى ابن عمر عن النبي ﷺ قال: « **لعن الله شارب الخمر وبايعها ومشتريها وآكل ثمنها** » [1]. فدلَّ على أن أكل ثمنها حرام ، وأبو حنيفة يبيح ذلك.

---

[1] انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، والمبسوط ١٠٢/٩ ، بدائع الصانع ١٣٧/٦ ، تكملة فتح القدير ٣٥٨/٩ ، رؤوس المسائل ، ص ٣٤٨ .

[2] العشور :جمع عُشُر ، بضم الشين وإسكانها ، ويقال في العَشْر عشير- بفتح العين، وكسر الشين- ومِعْشار تحرير ألفاظ التنبيه ص١١٢ .

[3] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الجزية ، باب لا يأخذ منهم في الجزية خمراً ولا خنزيراً ٢٠٥/٩ـ٢٠٦ .

[4] انظر/ المبسوط ١٠٢/٩، والعناية على الهداية ٣٥٨/٩، البناية في شرح البداية ٤٠٣/٨ .

[5] كذا في المخطوط ،ولعل الصواب(بعضهم على بعض ردَّها على صاحبها)؛ لدلالة سياق الكلام .

[6] انظر/ البدائع ١٣٨/٦ ، تكملة فتح القدير ٣٥٨/٩ .

[7] انظر : البناية (٤٢٣/٨) .

وروي عن النَّبي ﷺ قال : « **إنَّ الله إذا حرَّم شيئاً حرَّم ثمنه**». [٢]

ومن القياس : أنَّ ما لم يكن مضموناً في حقِّ المسلم وجب أن لا يكون مضموناً في حقِّ الذِّمِّيِّ، [١] كالعبد المرتد والميتة والدَّم [٢] والعَذِرَة وأشباه ذلك .

---

[١] رواه عن ابن عمر أبو داود في كتاب الإشربة باب العنب يعصر للخمر بلفظ « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه » (٣/٢٦) ، برقم (٣٦٧٤) .

و البيهقي باللفظ نفسه في السنن الكبرى ٥/٣٢٧.

وابن ماجة في كتاب الأشربة ،باب: لعنت الخمر على عشرة أوجه .

بلفظ : (لعنت الخمر على عشرة أوجه: بعَيْنها ،وعاصرها، ومعتصرها ،وبائعها ،ومبتاعها ،وحاملها، والمحمولة إليه ،وآكل ثمنها ،وشاربها، وساقيها)) ٢/١١٢١.برقم (٣٣٨٠)

قال الحافظ في التلخيص : (وفيه عبد الرحمن بن عبد الله الغافقي ،وصححه بن السكن).٤/٧٣.

والحاكم في المستدرك بلفظ ((لعن الله الخمر ولعن ساقيها وشاربها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وبايعها ومبتاعها وآكل ثمنها)) ٢/٣٧.

ورواه الترمذي من حديث أنس بلفظ ((لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها ،وشاربها ،وحاملها ،والمحمولة إليه، وساقيها ،وبائعها ،وآكل ثمنها ،والمشتري لها، والمشتراة له))قال أبو عيسى :هذا حديث غريب من حديث أنس،وقد روي نحو هذا عن ابن عباس وابن مسعود وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم))كتاب البيوع. باب: النهي أن يتخذ الخمر خلاً (٣/٥٨٩) ، برقم (١٢٩٥).

ورواه عن أنس أيضاً ابن ماجة في كتاب الأشربة. باب: لعنت الخمر على عشرة أوجه بلفظ ((لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر عشرة: عاصرها ،ومعتصرها ،والمعصورة له ،وحاملها والمحمولة له ،وبائعها ،والمبيوعة له وساقيها ،والمستقاة له حتى عدَّ عشرة من هذا الضرب ٢/١١٢٢. برقم (٣٣٨١).قال الحافظ في التلخيص ((ورواته ثقات)) ٤/٧٣.

[٢] أخرجه من حديث ابن عباس، ابن حبان في صحيحه ﷺ بلفظ (قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها وإن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه) ١١/٣١٢.

والدار قطني في سننه ٣/٧،وابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف ٢/١٨٩،والحديث صحيح ،فأخرج مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة. باب :تحريم بيع الخمر عن عبد الرحمن بن وعْلَة السبئي من أهل مصر أنه سأل عبد الله بن عبس عما يعصر من العنب فقال بن عباس إن رجلاً أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ((هل علمت أن الله قد حرمها))قال لا فسار إنسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ((بم ساررته)) فقال أمرته ببيعها فقال :«إنَّ الذي حرم شربها حرم بيعها»قال ففتح المزاد حتى ذهب ما فيها ٤/١١ ، برقم (١٥٧٩) .

ولأنّها نجسة العين، فوجب أن لا يكون مضموناً [3] كما ذكرنا ؛ ولأنّه أراق خمراً فلم يلزمه ضمانه؛ أصله إذا أراقه على مسلم. [4]

فإن قيل: فلا معني لتخصيص الخمر ؛ لأنّ النبيذ عندكم لا يُضمن بالإراقة.

فالجواب أنّ الظاهر من مذهبنا :أنّ النبيذ يسمّى خمراً [5]فيكون الاسم مساوياً له؛ولأنّ كلّ ما لا يضمن بالمثل مع وجود مثله لم يضمن بالقيمة كالدّم .

فأمّا الجواب : عن حديث عمر [6] : فهو أنّه لم يأمر بالبيع،وإنّما أمرهم بتخليتهم ، وترك الاعتراض عليهم،[7] وإذا قيل ولّ فلاناً أمرك كان معناه : اترك الاعتراض عليه فيه.

فإذا ثبت هذا ووجب ترك الاعتراض عليهم كان لهم أن يتصرّفوا فيها ، فإذا تقاضوا أثمانها أُقِرّت عليها أيديهم، و لم يُتعرّض لما تقدم من التصرف ؛ لأنّ تلك العقود فاسدة فإذا أقترن إليها[8]القبض حكمناه بصحّة القبض و لم نبطله ؛ وإنّما سُمّي ذلك أثماناً على طريق المجاز [9] كما نقول : بيع فاسد وصلاة باطلة، [10] وما أشبه ذلك .

وأمّا الجواب : عن قياسهم على سائر الأموال : فهو أنّه ينتقض بالعبد المرتدّ. [11]

---

[1] انظر : الحاوي ٢٢٢/٧ ، بحر المذهب ٥٨٧/٩ ، وفتح العزيز ٤١٣/٥ .

[2] انظر : بدائع الصنائع ١٣٧/٦ ، وتكملة فتح القدير ٣٦٠/٩.

[3] انظر : الحاوي ٢٢٢/٧ .

[4] انظر : المبسوط ٩٩/٩ ، وتكملة فتح القدير ٣٥٨/٩ .

[5]وهو قول المزني وجماعة ونقل الرافعي –ووافقه النووي– عن الأكثرين المنع من تسمية النبيذ خمراً حقيقة ، أمّا في التحريم والحدّ فهي كالخمر . انظر / الروضة ١٦٨/١٠ ، مغني المحتاج ١٨٦/٤.

[6]أي قول عمر (ولّوهم بيعها وخذوا منهم عشور أثمانها)

[7] انظر/ مختصر خلافيات البيهقي (٤٢٥/٣) ، والحاوي (٢٢٣/٧) .

[8] كذا في المخطوط ولعل الصواب (بها)،المتقدم ص ٢٥٦.

[9] المجاز : ما استعملته العرب في غير موضوعه . انظر : المستصفي للغزالي (٣٢/٣) ، وإرشاد الفحول ، ص ٢١ .

[10] انظر : بحر المذهب ٩/ل٥٨ .

[11] تقدم ص ٢٥٧.

ثم المعنى في الأصل أنَّ سائر الأموال تُضْمن في حقِّ المسلم فضُمنت في حقِّ الذِّميِّ وليس كذلك الخمر ؛ لأنَّها لا تُضمن في حقِّ المسلم فلا تُضمن في حقِّ الذِّميِّ ، ثم نقول الاعتبار بما نتموَّله نحن .

وأمَّا إجازة الشريعة تموَّله دون ماتَمَوَّله الكفار؛ ألا ترى أنَّهم إذا أتلفوا مصحفاً لزمهم الضمان؟ ، وكذلك إذا أتلفوا ذبيحة المسلمين لزمهم ضمانها ؛ لأنَّ ذلك مال في شريعتنا وهم لا يعتقدون ذلك مالاً ، وكذلك العبد المرتد لا يُضمن ، وإن كانوا يعتقدونه مالاً، وهو من أنفس أموالهم ، فدلَّ على أنَّ الاعتبار بشرعنا .

وأمَّا قولهم: إنَّهم يُقرُّون على ذلك ولا يُحدُّون بشربها .[1]

فالجواب عنه: أنَّ معنى الإقرار لهم على ذلك هو ترك الاعتراض عليهم ، وليس معناه أنَّا/ نُجَوِّزُ لهم إمساكها وشربها ؛ لأنَّا نأمرهم بإراقتها وننهاهم عن شربها كما نأمر المسلمين وننهاهم [2]، ثمَّ إنَّ الإقرار على ذلك لا يدلُّ على وجوب الضَّمان ؛ لأنَّ المسلم يُقرّ عن [3] إمساك الميتة وجلودها ، وعلى إمساك العَذِرة ،وعلى إمساك الخمر عندهم ؛ لأنَّهم يُجّوزون تخليلها ، وإذا غصب مسلم من مسلم خمراً وجب عليه ردُّها عندهم ، و لم يكن ذلك دلالة على وجوب الضَّمان[4] ، وكذلك هاهنا ؛ ولأنَّ المجوسي [5] يُقَرُّ على نكاح أمِّه وأخته ،وإذا رفع ذلك إلى الحاكم لم يحكم عندهم بالمسمَّى ، وإنَّما يحكم بالمثل، لا يورِّثون أحدهم بالزوجية مع اعتقادهم صحة ذلك .

---

(1) انظر : الوسيط ٦/٤٤٠.

(2) قال الزركشي: (وقد ذكر القاضي أبو الطيب في باب الغصب من تعليقه أنَّا لا نطلق في حق أهل الذمة فيما يخالفون فيه الشرع لفظ التقرير، لا على الكفر، ولا على شيء من عقائدهم الخبيثة ،وإنَّما جاء الشرع بترك التعرض لهم وفاء بالعقد وحفظاً لعقد الأمان الذي جرى بيننا وبينهم)المنثور ٣/٩٨.

(3) كذا في المخطوط ولعل الصواب (على).

(4) إذ لا يجيء عند الحنفية ضمان الخمر الذي غصبه مسلم من مسلم ،وإن كان باقياً وجب عليه ردُّه .انظر البناية ٨/٢٢٤.

(٥)المجوسي : مفرد والجمع مجوس و لمجوسي منسوب إلى المجوسية وهي نحلة من يعبدون النار .
انظر/ المطلع ص٢٢٢.

وأمّا الجواب عن دليلهم الآخر : فهو أنَّ دماءهم تحقن بالإسلام ؛ فلهذا كانت مضمونة إذا عقدت الذّمة ،وليس كذلك الخمر ؛ لأنَّ صاحبها إذا اسلم وجب عليه إراقتها ؛ فلهذا لم تكن مضمونة .

فصل

إذا غصب من رجل عبداً ، ثم جنى عليه [1] فقطع يده لزمه أكثر الأمرين من أرش ما نقص بالجناية ، أو أرش اليد فأيُّهما كان أكثر لزمه ؛ لأنَّه ضمن ضمان اليد ،وضمان الجناية فوجب السببان. [2]

وإن جني عليه غيرُه لزم الجاني أرشُ اليد ، [3]وللمغصوب منه المطالبة بأكثر الأمرين. فإن كان أرش اليد أكثر من أرش النقصان كان له أن يطالب أيُّهما شاء ، فإن طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على الجاني ، وإن طالب الجاني لم يرجع على الغاصب، و لم يكن للمغصوب منه أن يغرِّم الغاصب بعد ذلك شيئاً فيستقرُّ الضمان على الجاني ؛ لأنَّه المتلف. [4]

وإن كان أرش النقصان أكثر فإنَّ له أن يطالب الغاصب بجميعه ، فإذا طالبه بذلك كان له الرجوع على الجاني بقدر أرش اليد وعلى الغاصب ما زاد على ذلك إلى تمام أرش النقصان [5] ، وإذا فعل ذلك لم يكن للغاصب أن يرجع على الجاني بما غَرِمَ من

---

[1] أي على العبد المغصوب .

[2] تقدمت هذه المسألة ص (١٠١-١٠٢).

[3] في القديم: يجب عليه أرش النقصان والمالك بالخيار إن شاء أخذ من الغاصب ، وإن شاء أخذ من القاطع ،وقرار الضمان على القاطع .

والجديد: يجب على القاطع نصف قيمته إن كان نصف قيمته مثل أرش النقصان ،أو أكثر .والمالك يطالب أيهما شاء ،والقرار على القاطع ،وإن كان نصف القيمة أقل يطالب بنصف القيمة أيهما شاء ،والقرار على القاطع وما زاد على نصف القيمة إلى كمال أرش النقصان فيكون على الغاصب ،ولا يطالب به القاطع .

انظر/ الحاوي ١٤٢/٧، التهذيب ٤٥٥، الروضة ٣٧/٥.

[4] انظر / الحاوي ١٤٢/٧ ، الوسيط ٤٠٣/٣ .

[5] وهو الأصح والقرار على الجاني . انظر / فتح العزيز ٤٤٥/٥ ، والروضة ٣٨/٥.

الزيادة على أرش اليد إذ ليس عليه [(١)] أكثر من أرش اليد الذي لزمه بالجناية ، ولم يكن للجاني أن يرجع على الغصب بما غَرِمَ من أرش اليد ويستقرُّ عليه الضَّمان ؛ لأنَّه هو المتلف [(٢)] .

فأمَّا إذا جنى العبد المغصوب على عبد لرجلٍ فقتله كان صاحبه [(٣)] بين أمرين بين أن يقتصَّ وبين أن يعفو ، فإن اقتص لزم الغاصب قيمة العبد أكثر ما كانت من حين غصبه إلى أن تلف بالقصاص. [(٤)]

وإن عفا تعلَّقت قيمته برقبة الجاني وكان على الغاصب أن يفديه بأقلّ /الأمرين من قيمته ،أو أرش الجناية. [(٥)]

[د/١]

فإن كان أرش الجناية أقلّ لم يلزمه أكثر منه ؛ لأنَّه ليس لصاحب العبد المجني عليه أكثر من أرش الجناية .

وإن كان قيمه العبد الجاني أقل لم يلزمه إلا ذلك ؛ لأنَّ أرش الجناية لا تتعدَّى رقبة العبد.
وإنَّما قلنا على الغاصب أن يفديه ؛ لأنَّ تعلُّق الأرش برقبته نقصان حدث في يده في العبد فكان عليه ضمانه. [(٦)]

فأمَّا إذا قطع هذا العبد يد عبد لإنسان كان لصاحبه الخيار بين أن يقتص منه في يده ،وبين أن يعفو عنه ، فإن اقتصَّ كان على الغاصب لسيد العبد أرش ما نقص بفوات

---

(١) أي الجاني .

(٢) انظر : الحاوي ١٤٢/٧ ، وبحر المذهب ٩/ل١٨ .

(٣) أي صاحب العبد المقتول .

(٤) انظر / التهذيب ص ٤٥٦ ، الحاوي ١٤٣/٧، والوجيز ٢١٠/١، والروضة ٣٤/٢.

(٥) وهو المذهب . انظر /الروضة ٣٥/٥، مغني المحتاج ٢٨٨/٢.
وقيل فيه قولان : الأول : أنه يفديه بأقل الأمرين . والثاني : أنه يفديه بالأرش .
انظر : فتح العزيز ٤٤١/٥ ، والروضة ٣٥/٥.

(٦) انظر/ بحر المذهب ٩/ل٨٥ ، فتح العزيز ٤٤٢/٥ ، مغني المحتاج ٢٨٨/٢ .

اليد ،وليس عليه أكثر الأمرين ؛[1]لأنَّ فوات يده بسبب غير مضمون فهو كما لو سقطت بأَكَلَة. [2]

ويفارق هذا إذا قطعت بجناية؛ لأنَّها قامت بسبب مضمون فوجد سبب ضمان الجناية وسبب ضمان اليد ، وفي هذه المسائل لم يوجد إلا سبب ضمان اليد ، وإن عفا تعلَّق أرش العبد الجاني لما بيَّناه . والله أعلم .

فصل

إذا غصب منه أرضاً وزرعها وخرج الزَّرع كان له دون صاحب الأرض ؛ لأنَّ ذلك عين ماله تحوَّل من حالة إلى حالة.[3]

وينظر : فإن كانت الأرض نقصت بالزراعة كان عليه ردُّها وأرش ما نقصت وأجرة المثل [4] ، وإن كان لم يزرعها والأرض مما تنقص بترك الزراعة مثل أراضى البصرة [5] وشبهها ، فإنَّها إذا لم تزرع نبت فيها الدَّغل [6] والحشيش وخربت الأرض كان عليه ردُّ الحشيش وأجرة المثل. [7]

---

(1) انظر / فتح العزيز ٤٤٢/٥ ، والروضة ٣٤/٥ ، نهاية المحتاج ١٧٦/٥ .

(2) كما تقدم ص١٠٣.

(3) انظر / بحر المذهب ٩/ل ٣٠ .

(4) انظر / بحر المذهب ٩/ل ٣٠ ، وحلية العلماء ٢٣٦/٦ .

(5) البصرة :بفتح الباء : هي مدينة مشهورة في العراق بنيت في خلافة عمر بن الخطاب ﷺ سنة ١٧هـ،وسكنها الناس سنة ١٨هـ.

انظر/ معجم البلدان ٤٣٠/١-٤٣٥، تهذيب الأسماء واللغات ٣٧/١/٢-٣٨.

(6) الدَّغَلُ : الشجر الكثير الملتف ، واشتباك النبت وكثرته . انظر : القاموس ، ص ٨٩٩ .

(7) بحر المذهب ٩/ل ٣٠ ، والروضة ١٣/٥-١٤ . قال النووي في الروضة بعد نقله كلام المصنف (ولم يذكر أرش النقص والظاهر أنَّه يجب). انظر : روضة ١٤/٥ .

فصل

إذا غصب منه شجرة فأثمرت في يده كانت الثَّمرة للمغصوب منه ؛ لأنَّها نماء حصل من عين المغصوب،[1] ويفارق الربح الذي يحصل له بالتصرُّف في المال المغصوب ، حيث قلنا -على أحد القولين -: أنَّه يكون للغاصب [2] ؛ لأنَّ ذلك لم يتولَّد من عين المال ،وإنَّما حصل بالتصرُّف والمكايسة [3] والمعاملة ، وهذا النَّماء تولَّد من عين المال فهو كَسِمن الجارية والبهيمة وكبرهما[4] ،وليس عليه أجرة المثل ؛ لأنَّ منافع الشجرة لا تضمن بالعقد، فلم تضمن بالغصب ،ويفارق الأرض ؛ لأنَّ منافعها تضمن بالعقد فضمنت بالغصب ؛ ولأنَّ منافع الشجرة تربية الثمرة وتنميتها ، وهذا المعنى قد حصل للمغصوب منه ؛ لأنَّ الثمرة حصلت له فلم تتلف منافع المغصوب منه في يد الغاصب.

وإن كانت الشجرة ضعفت أو نقصت بثقل الحمل كان عليه أرش النقصان/؛ لأنَّه حدث في يده . /٥

وأمَّا الثمرة : فإن كانت باقية على الشجرة رَطْبَة ردَّها ، وإن كانت تالفة وهي رطبة كان عليه قيمتها ؛ لأنَّ الرطب لا مثل له ؛ ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض [5] ، وإن كان قطف الثمرة وجفَّفها وهي باقية في يده كان عليه ردُّها وأرش ما نقصت بالجفاف ؛ لأنَّ عين المغصوب قد تغيَّرت في يد الغاصب ، وإن كان تلف كان عليه ردُّ مثلها،وإن كانت تمراً ردَّ مثلها؛لأنَّ له مثلاً؛ ألا ترى أنَّه يجوز بيع بعضه ببعض ؟

(١) انظر/ المهذب ٢٠١/٢ ، فتح العزيز ٤٠٤/٥ ، الروضة ٢٧/٥، التهذيب ص ٢٦٧ .

(٢) وهو أظهر القولين : انظر : خبايا الزوايا للزركشي ٢٩٨ ، مغني المحتاج ٢٩١/٢، وهو الجديد، والقديم للمغصوب عنه . وانظر .حلية العلماء ٢٢٨/٥ .

(٣) المكايسة : مفاعلة ويقال: كايَستُ فلاناً فكِسْتُه أكِيسُه كَيْساً أي غلبته بالكَيْس وكنتُ أكْيَس منه. لسان العرب ٢٠٢/٦.

(٤) تقدم في ص ١١١.

(٥) والأصحّ . أنَّ الرطب مثلي . انظر : فتح العزيز ٤٢١/٥ ، والروضة ١٩/٥.

فصل

إذا غصب شاة فنتجت في يده ،وحلب لبنها ،وجزَّ [1] صوفها وهـي باقية ردَّها وردَّ ولدها ولبنها وصوفها؛ [2] لأنَّ ذلك كلَّه نماءٌ تولَّد من عين المغصوب ، وإن كان الولد والصوف واللبن قد تلف كان عليه قيمة الولد ، ومثل اللبن والصوف ؛ لأنَّ للَّبن مثلاً ؛ ألا ترى أنَّه يجوز بيع بعضه ببعض؟ [3] والصوف أيضاً له مثـل ؛ لأنَّه كالقطن، والقطن له مثل [4] ، فكذلك الصوف ، وإن كان قد جمَّد اللَّبن فأصلح منه مَصْلاً [5] وجُبناً وزُبْداً وغير ذلك ردَّه بحاله ، فإن كانت قيمته نقصت بـالتجميد كان عليه أرش ما نقص ؛ لأنَّه نقصان حدث في المغصـوب بتغـيُّر عينـه في يـد الغاصب ،[6] وإن كان قد تلف كان عليه قيمته ؛ لأنَّه لا مثـل للمَصْـل والجـبن وغيرهما مما يعمل من اللَّبن.

---

[1] جَزَّ :الصوفَ والشعر والنـخـل والـحشيش يَجُزُّهُ جَزّاً و جِزَّةً حَسَنَه ،فهو مَـجْزُوزٌ و جَزِيـزٌ، و اجْتَزَّه: قطعه .لسان العرب ٣١٩/٥.

[2] التهذيب ص ٤٦٢ ، فتح العزيز ٤٥٢/٥ ، مغني المحتاج ٢٩٠/٢ .

[3] بالاتفاق . انظر : الروضة ٢٠٠/٥.

[4] وهو الأصح . انظر : الروضة ١٩/٥ .

[5] المصْل : مثال فلس عُصارة الأقِط، وهو ماؤها الذي يعصر منه حين يطبخ .
انظر : المصباح ، ص ٢١٩ .

[6] انظر : الحاوي ١٩٠/٧ ، نهاية المحتاج ١٧٩/٥ .

فـــصل

إذا غصب منه جارية فولدت في يد الغاصب ونقصت بالولادة كـــان عليـــه ردُّ الولد ،وأرش ما نقصت بالولادة[1].

وقال أبو حنيفة : ليس عليه أرش ما نقصت بالولادة ؛ لأنَّ ذلك النقصـــــان إنَّمـــا حدث بالولادة فيجبر بالزِّيادة فكان في مقابلة النقصان.[2]

وهذا غلط ؛ لأنَّ عين المغصوب قد نقصت في يد الغاصب، فكان عليه ضمانها ،كما إذا نقصت بغير الولادة[3]؛ ولأنَّ الولد ملك للمغصوب منه، فلا يجبر بـــه النقصـــان الحادث في المغصوب ؛أصله سائر أملاكه[4].

فأمَّا الجواب عن دليلهم : فهو أنَّ ذلك دعوى لا حجَّة عليها ، ثمَّ نقول لهم وجـــب أن يجبر ذلك النقصان إذا كان حادثاً بحصول الزيادة[5]، ثم هـــذا يبطـــل بالشـــجرة المغصوبة إذا نقصت بثقل الحمل فإنَّه نقصان بالزِّيادة [6]، ومع ذلـــك فإنَّـــه يلزمـــه الضمان ولا يجبر النقصان بالزِّيادة .

---

[1] انظر : الوسيط ٤/٤٢٠ ، حلية العلماء ٥/٢٢٦، الروضة ٥/٦٥ ، رحمة الأمة في اختلاف الأئمـــة ص ٣٣٢.

[2] انظر/ مختصر الطحاوي ص ١١٨، المبسوط ١١/٥٨ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٤ .

[3] انظر/ الاصطلام ٤/١٥٠ .

[4] انظر/ الاصطلام ٤/١٥٠- ١٥١ ، وفتح العزيز ٥/٤٨٠ .

[5] انظر/ الاصطلام ٤/١٥١.

[6] أي بسبب الزيادة .

فـــــصل

إذا باع من رجل داراً ، ثم ادّعى أنّ الدّار لم تكن له حين البيع ،وإنّما كـــانت لغيره وقد باعها بغير إذنه ،وهي ملك له الآن بميراث أو هبـــة أو غـــير ذلـــك، [1] وكذّبه المشتري في ذلك وأراد أن يقيم البيّنة على دعواه نُظِر :

فإن كان لم يحفظ عليه في كلامه إضافة ملك/ الدّار إلى نفسه سمعت دعواه وبيّنتــه ؛ لأنّه يبيع ملكه ، وملك غيره .

٥/ل٢٥٦أ

وإن كان حفظ عليه إضافة الدار إلى ملك نفسه مثل أن يقـــول : بعتـــك داري أو ملكي أو ما أشبه ذلك ، لم تسمع دعواه وبيّنته ؛ لأنّه كذّبها بإضافة ملك الـــدّار إلى نفسه . [2]

[1] لو باع مالاً على أنّه ليس له وهو فضولي فبان بعد ذلك أنّه ملك له فهل يصح البيع ؟
قولان :أظهرهما أن البيع صحيح لصدوره من مالك.
والثاني البطلان :لأنّه في معنى المعلق بموته ولأنه كالغائب.
انظر/ الروضة ٣٥٧/٣،مغني المحتاج ١٥/٢.

[2] انظر/ الروضة ٤١٣/٤.

فصل

إذا ادَّعى أنَّه غصب منه هذا المال الذي في يده ،وأقام شاهدين شهد أحدهما أنَّه غصبه يوم الخميس ، وشهد الآخر إنَّه غصبه يوم الجمعة ،فإنَّ الشهادة لم تتفق على شيء واحد ؛ لأنَّ الغصب يوم الخميس غير الغصب يوم الجمعة ، وله أن يحلف مع أيِّهما شاء. [1]

وإن شهد أحدهما أنَّه غصب يوم الخميس وشهد الآخر أنَّه أقرَّ يوم الجمعة بأنَّه غصب لم يحكم بتلك الشهادة ؛ لأنَّها لم تتفق على شيء واحد ؛ لأنَّ فعل الغصب غير الإقرار به ، وله أن يحلف مع أيِّهما شاء .[2]

ولو كان المدَّعى عليه حلف بالطلاق أنَّه [3] لم يغصب وأقام المغصوب منه شاهداً واحداً ،وحلف معه أنَّه غصب منه ثبت الغصب، وله تسليم المال ،ولا يقع الطلاق [4] ؛ لأنَّه لا يسمع في الطلاق الشاهد واليمين، [5] فاستعملت حجَّته في الموضع الذي تقبل فيه، دون الموضع الذي لا تقبل فيه .

ولو شهد **أحدهما** : أنَّه أقرَّ بالغصب يوم الخميس، وشهد الآخر أنَّه أقرَّ بالغصب يوم الجمعة حكم بتلك الشهادة [6] ؛ لأنَّ الإقرار- وإن اختلف فيه- فإنَّه يرجع إلى شيء واحد فاتَّفقت الشهادة على شيء واحد ؛ فلهذا وجب الحكم بها [7] .

---

(١)انظر/ الأم ٣/٢٨٦، الحاوي ٧/٢١٤،بحر المذهب ٩/ل ٥٠،البيان ٧/٨٨-٨٩.

(٢)انظر : الأم ٣/٢٨٦، بحر المذهب ٩/ل٤٠ ،البيان ٧/٨٨-٨٩.

(٣)الأم ٣/٢٨٦ .

(٤) انظر : الحاوي ٧/٢١٤ ، بحر المهذب ٩/ ل٥٠،البيان ٧/٨٩ .

(٥)انظر/ البيان ٧/٨٩.

(٦) قال العمراني بعد ذكره هذا النوع ((قال الشيخ أبو حامد فظاهر ما قال الشَّافعيّ: أنه لا يحكم بشهادتهما قال :إلا أنَّ أصحابنا كلهم قالوا :يحكم بشهادتهما؛لأنهما اتفقا على الإقرار بغصب واحد ،وإنّما اختلف تأريخ وقت الإقرار)) البيان ٧/٨٩.

(٧) انظر/ المرجع السابق .

فصل

إذا أقرَّ بدار مبهمة و لم يعيِّنها حتى مات قام وارثه مقامه في التعيين.

فإن عيَّنها فذاك .

وإن لم يعيَّن طُولب بالتَّعيين ،فإن امتنع كان للمُقَرِّ له أن يعيّن أيَّ دار شاء، فإن عيَّن وصدَّقه الوارث ثبتت الدَّار ،وإن كذَّبه كان له أن يحلف أن تلك الدَّار ليست هي المقَرُّ له بها ،فإن حلف طولب بالتعيين، فإن امتنع حبس حتى يعيِّن. [1] والله أعلم.

---

[1] ونقل هذا الفصل عن المصنف النووي في الروضة ٤/٤١٣.

فـــصل

إذا أوقد في ملكه ناراً في يوم شديد الرِّيح ،فحملت الرِّيح شرارةً منها فأتلفت ملكاً للغير كان عليه الضَّمان ؛لأنَّه مُفرِّط في ذلك .[1]

وإن لم تكن ريح فطارت منها شرارة فأحرقت ملك الغير لم يضمنه ؛لأنَّه لم يفرِّط في ذلك .[2]

وكذلك إذا أوقد ناراً في ملكه وبجنبه في دار جاره شجره يصيبها حَمْى النَّار[3] ووهجه فيجففَّها لم يكن له ذلك ؛لأنَّ له الانتفاع بملكه إذا لم يضرَّ ذلك بملك الغير ،وإن فعل ذلك كان عليه الضَّمان[4] ،وكان بمنزلة ما لو صعد سطحه فرمى بنار من سطحه إلى سطوح جيرانه فأتلف شيئاً كان عليه ضمانه،[5] وإن كان ذلك فعلاً في ملكه ،وكذلك ليس له أن يحفر بئراً في ملكه يضرُّ بملك جاره /وقد ذكرنا هذه الفصول في كتاب الديات مستقصاه ،فأغنى عن الإعادة . والله أعلم بالصَّواب .

/ه

[1] انظر/الحاوي ٧/٢٢٥ المهذب ٢/٢١٠، البيان ٧/٨٦، المجموع المهذب في قواعد المذهب ٢/٧٣٦.

[2] انظر/ المراجع السابقة .

[3] حَـمْى النَّار: حَرُّها، يقال :حَمِيَت الشمسُ والنارُ تَـحْمَى حَمْياً و حُمِيّاً و حُمُوّاً.انظر/ لسان العرب ١٤/١٩٨.

[4] انظر/ البيان ٧/٨٦.

قال العمراني : (قال الطبري :وإن كانت أرضه متصلة بأرض جاره ،وحرق أرضه ،فأحرقت أرض جاره ضمنها .)البيان ٧/٨٧.

[5] انظر/ المهذب ٢/٢١٠.

كتاب مُخْتَصَر [1] الشُّفْعة [2]

(مِنْ الْجَامِعِ مِنْ ثَلاثَةِ كُتُبٍ مُتَفَرِّقَةٍ مِنْ بَيْنِ وَضْعٍ وَإِمْلاءٍ عَلَى مُوَطَّأِ مَالِكٍ،وَمِنْ اخْتِلافِ الْأَحَادِيثِ [3] وَمَا أَجَبْتُ فِيهِ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ). [4]

---

[1] قال المزني رحمه الله في بداية مختصره (اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن إدريس الشَّافعيّ رحمه الله ومن معنى قوله ؛لأقربه على من أراده مع إعلاميه نهيه عن تقليده وتقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحتاط فيه لنفسه ،وبالله التوفيق) ص٣.

[2] الشُّفْعة في اللغة :على وزن غرفة مأخوذة من الشفع وهو خلاف الوتر وهو الزوج ،والشُّفْعة في الدار القضاء بها لصاحبها .

قال في اللسان ((وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشُّفْعة في اللغة فقال :الشُّفْعة الزيادة ،هو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمَّه إلى ما عندك فتزيده إلى ما عندك)لسان العرب ١٥١/٧-١٥٢.وانظر الصحاح ١٢٣٨/٣،المصباح المنير ص١٢١.

وأمَّا في الاصطلاح فقد عرفت بعدة تعريفات :

فعرفها الشَّافعيّة بقولهم :

حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض.(مغني المحتاج٢/٢٩٦)

وعرفها الحنفية بقولهم:

هي تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه .(تبين الحقائق ٥/٢٣٩)

وعرفها المالكية بقولهم:

هي استحقاق الشريك أخذ مبيع شريكه بثمن .التاج والإكليل ٥/٣١٠.

وعرفها الحنابلة بقولهم:

هي استحقاق الشريك أخذ حصة شريكه من يد من انتقلت إليه بعوض مالي مستقر .فتح الملك العزيز شرح الوجيز (٢/٥٦٥).

[3] كتاب منسوب للشافعي وهو مطبوع مع الأم.

[4] وتمام ما في المختصر((والله الموفق للصواب قال الشَّافعيّ رحمه الله: أخبرنا مالك عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الشُّفْعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة".
=

الأصل في ثبوت الشُّفْعة الكتاب والسنَّة .

فأمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [1] وإثبات الشُّفْعة من المعاونة على البرِّ؛ [2]لأنَّ فيه إزالة الضَّرر عن الشَّريك لسوء المشاركة ومؤونة المقاسمة.

وأمَّا السنَّة فما روى عن ابن المسيِّب [3]وأبي سلمة [4]أنَّ النَّبي ﷺ **قال ((الشُّفْعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة))** [5].

فإن قيل :هذا مرسل[6]وأنتم لا تقولون بالمراسيل[1] .

=

ووصله من غير حديث مالك وأيوب وأبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل معنى حديث مالك) ص١٣٠.

(١)سورة المائدة آية رقم (٢).

(٢)انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٦٢.

(٣)هو سعيد بن المسيِّب بن حزن بن أبي وهب ، فقيه المدينة أبو محمد المخزومي من أجل التابعين ،ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر وسمع من عمر شيئاً وهو يخطب ،ومن عثمان وزيد بن ثابت وعائشة وأبي هريرة ،وسعد.

واختلف في وفاته على أقوال ،وقد قوى الذهبي أنّه توفي سنة ٩٤،وقيل ٨٩،وقيل ٩١،وغير ذلك انظر/ مواليد العلماء ووفياتهم ١/ ١٠٠ ، وسير أعلام النبلاء ٤/٢١٧،وانظر/ تذكرة الحفاظ ١/ ٥٤-٥٦.

(٤)هو أبو سلمة بن عبدا لرحمن بن عوف الزهري المدني الحافظ اسمه كنيته،وقيل عبدا لله ،روى عن أبيه يسيراً،وعن عثمان وأبي قتادة وعائشة وأبي هريرة ،وروى عنه سالم أبو النضر ،وأبو الزناد والزهري ويحيى بن سعيد.

توفي سنة ٩٤،وقيل ١٠٤.انظر:تذكرة الحفاظ ١/ ٦٣.

(٥)رواه الشَّافعيّ في كتاب اختلاف الحديث -اختلاف العراقيين مطبوع مع الأم ٤/ ٤،وورد في مسند الشَّافعيّ ص١٨١،والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشُّفْعة ،باب الشُّفْعة فيما لم يقسم ٦/ ١٠٣.

(٦)المرسل :عند المحدثين هو أن يترك التابعي الواسطة بينه وبين النبي ﷺ ويقول قال النبي ﷺ .

وأمَّا جمهور أهل الأصول فالمرسل عندهم قول من لم يلق النبي ﷺ ،قال النبي ﷺ .

انظر :مقدمة ابن الصلاح مع التقييد والإيضاح ص٧١،وشرح نخبة الفكر ص٧١،نهاية السؤل ٣/١٩٨،جمع الجوامع وشرحه للمحلي ٢/ ١٦٨، الشرح الكبير على الورقات ٢/ ٤١٨.

=

فالجواب :أنّ الشّافعيّ قال :إرسال ابن المسيّب عندنا حسن. [٢]

وقد روى هذا الحديث أبو عاصم [٣] وعبد الملك بن الماشجون [٤] وابن قتيلة [٥]عن مالك عن الزهري [٦] عن ابن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة عن النّبي .

=

(١)لا يجوز العمل بمراسيل غير الصحابة عند الشّافعيّة إلا بشروط :أن يكون أسنده غير مرسله وإن لم تقم الحجة بإسناده لكونه ضعيفاً ،أو أن يكون أرسله راو آخر يروي عن غير شيخ الأول ،أو عضده قول صحابي أو قول أكثر أهل العلم ،أو عرف من حال الذي أرسله أنّه لا يرسله إلا عمن يقبل قوله كمراسيل سعيد بن المسيّب (نهاية السؤل ٣/٢٠٥-٢٠٦)وانظر الرسالة للشافعي ص٤٦٢-٤٦٦،البرهان في أصول الفقه ١/٤١١،الأحكام للآمدي١/٢٩٩.

[٢] انظر/ مختصر المزني ص ٨٨.

[٣] أبو عاصم هو الضحاك بن مَخْلَد بن الضحاك بن مسلم الشيباني مولاهم ولد سنة ١٢٢،حدث عن زيد بن أبي عبيد ،وأيمن بن نائل ،ومالك وخلق كثير ،وحدث عنه البخاري ،وجرير بن حازم ،وإسحاق بن راهوية ،وغيرهم توفي في ذي الحجة في سنة ٢١٢.

انظر/ التأريخ الكبير ٤/٣٣٦، طبقات بن سعد ٧/٢٩٥،سير أعلام النبلاء ٩/٤٨٠-٤٨٢.

[٤] هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون ،أبو مروان المدني الفقيه ،مفتي أهل المدينة ،صدوق له أغلاط في الحديث ، روى عن أبيه ،ومالك ،ومسلم بن خالد الزنجي ،وعنه أبو الربيع ـ سليمان بن داود المهدي ،وعمار بن طالوت،وعمرو بن علي الصيرفي .

انظر/ تهذيب التهذيب ٢/٦١٨، تقريب التهذيب ص٦٢٥.

[٥] هو يحيى بن إبراهيم بن عثمان بن داود بن أبي قتيلة- بقاف ومثناة مصغرة - ،السلمي أبو إبراهيم المدني روى عن مالك ،والدراوردي ،وعبد العزيز بن أبي حازم ،وعنه إبراهيم بن أبي داود ،ومحمد بن النضر ،وعبد الله الربعي .

انظر/ تهذيب التهذيب ١١/١٧٤،تقريب التهذيب ص١٠٤٧.

[٦] محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب القرشي الزهري المدني أبو بكر ،روى عن عمر وجابر بن عبد الله شيئاً قليلاً ،وعن سهل بن سعد،وأنس بن مالك ،وحدث عنه عطاء بن أبي رباح ،وعمر بن عبد العزيز ،وعمرو بن دينار ،وأبو الزناد ،توفي سنة١٢٣هـ ،وقيل سنة ١٢٤هـ.

انظر/ سير أعلام النبلاء ٥/٣٢٦-٣٤٩،تأريخ الإسلام ٥/١٣٦،العبر ١/١٥٨.

ورواه الشَّافعيّ عن سعيد بن سالم [1] عن ابن جريج [2] عن ابن الزبير [3] عن جابر عن النبي ﷺ . [4]

وروى البخاري في صحيحه حديث جابر بلفظين :

أحدهما : (إنَّما جعل رسول الله ﷺ الشُّفْعة فيما لم يقسم ، [5] فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة). [6]

---

[1] سعيد بن سالم المكي القدَّاح ، أبو عثمان ،حدث عن ابن جريج، وعبيد الله بن عمر ،ويونس بن أبي إسحاق، وسفيان الثوري وطائفة ،روى عنه سفيان بن عيينة ،وبقية بن الوليد وهما اكبر منه، والإمام الشَّافعيّ، وآخرون قال يحيى بن معين ليس به بأس وقال عثمان بن سعيد الدارمي ليس بذاك ،وقال محمد بن أبي عبد الرحمن المقرئ قد كتبت عنه وكان مرجئاً.توفي سنة نيف وتسعين ومائة .

انظر/ التأريخ الكبير ٤٨٢/٣، الكنى والأسماء ٥٤٩/١، سير أعلام النبلاء ٣١٩/٩-٣٢٠.

[2] عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الإمام العلامة الحافظ شيخ الحرم، أبو خالد وأبو الوليد القرشي الأموي المكي ،حدث عن عطاء بن أبي رباح ، وعن ابن أبي مليكة، ونافع مولى ابن عمر، وطاووس ،حدث عنه ثور بن يزيد، والأوزاعي ،والليث، والسفيانان ،والحمادان،توفي سنة ١٥٠.

انظر/ سير أعلام النبلاء ٣٢٥/٦-٣٣٤، وفيات الأعيان ١٦٣/٣-١٦٤، تأريخ بغداد ٤٠٠/١٠.

[3] أبو الزبير: محمد بن مسلم بن تَدْرُس المكي الحافظ المكثر الصدوق، مولى حكيم بن حزام القرشي الأسدي ،حدث عن بن عباس، وابن عمر ،وجابر ،وعائشة،وأبي الطفيل، وسعيد بن جبير، وعدة ،وعنه أيوب وشعبة ،وسفيان ،وحماد بن سلمة ،ومالك والليث ،ويحيى بن سعيد الأنصاري ،وخلق ،توفي سنة ١٢٨.

انظر/ الاستيعاب في معرفة المشهورين من حملة العلم بالكنى ٦٤٧/١، الطبقات الكبرى ٤٨١/٥، تذكرة الحفاظ ١٢٦/١.

[4] في كتاب اختلاف الحديث ،و اختلاف العِرَاقِيين مطبوع مع الأم٤/٤-٥.

وذكر هذه الطرق ابن حجر في تلخيص الحبير ٥٣/٣.

قال ابن حجر : (والمحفوظ روايته عن أبي سلمة عن جابر موصولاً ،وعن بن المسيَّب عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلاً ،وما سوى ذلك شذوذ ممن رواه، ويقوى طريقه عن أبي سلمة عن جابر متابعة يحيى بن أبي كثير له عن أبي سلمة عن جابر ثم ساقه كذلك)فتح الباري ٥١٠/٥.

[5] في صحيح البخاري (في كل ما لم يقسم).

[6] صحيح البخاري كتاب الشركة ،باب الشركة في الأرضين وغيرها ١٥٨/٥،برقم (٢٤٩٥)

والآخر :عن جابر قال : (قضى رسول الله بالشُّفْعة في كلّ ما لم يقسم ،فإذا وقعت الحدود وصُرِفت الطرق فلا شفعة). [1]

وروى مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث جابر بلفظ آخر :

وهو (قضى رسول الله بالشُّفْعة في كلّ شِرْكٍ [2] لم يُقْسَم رَبْعة [3]أو حائطٍ [4] لا يحلُّ له أن يبيعه [5] حتى يُؤْذِنَ شريكه ،فإن [6] شاء أخذ ،وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به) [7].

فهذه الأخبار تدلُّ على ثبوت الشُّفْعة .

---

[1] صحيح البخاري كتاب الشُّفْعة ، باب الشُّفْعة فيما لم يقسم ،فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ٥٠٩/٤. برقم (٢٢٥٧)

[2] في صحيح مسلم (شِركة). ٣٨/١١.

[3] الرَّبْع والرَّبْعة :بفتح الراء ،وإسكان الباء ،والربع الدار والمسكن ،وأصله المنـزل الذي كانوا يرتبعون فيه ،أي يسكنونه و يقيمون فيه .

والربعة تأنيث الربع ،وقيل واحدة ،والجمع الذي هو اسم جنس ربع كثمرة وتمر .

انظر/ شرح صحيح مسلم للنووي ١١/ ٣٨.

[4] الحائط :النخل يحيط به جدار وغيره .

انظر/ النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٤٦٢/١.

[5] في صحيح مسلم (يبيع)٣٨/١١.

[6] في صحيح مسلم (فإذا)٣٨/١١.

[7] كتاب المساقاة ،باب الشُّفْعة ٣٨/١١ حديث رقم (١٦٠٨)

وروى أبو رافع [1] عن النبي ﷺ قال : (الجار أحقٌّ بِسَقَبِهِ) [2]

والسَّقَبَ بالسين وبالصاد هو . [3]

قال ابن قيس الرُّقَــيَّات. [4]

كُوفِيَّةٌ نازِحٌ مَحِلَّتها لا أممٌ دارُها ولاصَقَبُ . [5]

والشُّفْعة : مأخوذة من الزيادة فكأنَّ الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه. [6]

---

[1] أبو رافع القِبْطِي مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،يقال اسمه إبراهيم ،ويقال أسلم ،وقيل سنان ،وقيل يسار ،وقيل صالح ،وقيل عبد الرحمن، وقيل قزمان ،وقيل يزيد ،وقيل ثابت ،وقيل هرمز قال ابن عبد البر أشهر ما قيل في اسمه أسلم، وقيل كان مولى العباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي صلى الله عليه وسلم فأعتقه لما بشره بإسلام العباس بن عبد المطلب والمحفوظ أنه أسلم لما بشر العباس بأن النبي صلى الله عليه وسلم انتصر على أهل أخيه وذلك في قصة جرت وكان إسلامه قبل بدر و لم يشهدها وشهد أحدا وما بعدها وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عبد الله بن مسعود روى عنه أولاده رافع والحسن وعبيد الله والمغيرة وأحفاده الحسن وصالح وعبيد الله وسليمان بن يسلو وعطاء بن يسار وعمرو بن الشريد وأبو غطفان .

مات في المدينة قبل عثمان بيسير ،أو بعده ،وقيل مات في خلافة علي بن أبي طالب .

انظر/ الإصابة ١٣٤/٧،أسد الغابة ١١٣/٦ .

[2] أخرجه البخاري في كتاب الحيل باب الهبة والشُّفْعة ٣٦١/١٢، برقم(٦٩٧٨)

[3] يوجد سقط هنا ،وهو تفسير السقب .- والسَّقَبُ : بالسين والصاد في الأصل القرب والملاصقة يقال سَقِبَتْ الدار وأسْقَبَتْ قربت .

انظر/ النهاية ٣/٢، والفائق ٢٠٧/٢.

[4] هو عبيد الله وقيل عبد الله والأول أرجح بن قيس بن شريح بن مالك بن ربيعة بن عامر بن لؤي ، وولد في مكة في العقد الثالث للهجرة، وإنَّما سمي الرقيات ؛لأنَّه كان يشبب بثلاث نسوة يقال لهنَّ جميعاً رقية ،أكثر شعره الغزل والنسيب .

انظر/ طبقات الشعراء لابن قتيبة ص٣٦١،،تأريخ الأدب العربي ٢٩٣/٢-٢٩٤.

[5] انظر/ ديوانه ص٢.

[6] انظر/ لسان العرب ١٨٤/٨.

فــــصل

الأشياء في الشُّفْعة على ثلاثة أضرب:

ضرب: تثبت به الشُّفْعة بيع منفرداً أو مع غيره.

وضرب: لا تثبت فيه الشُّفْعة إذا بيع منفرداً/ وتثبت فيه الشُّفْعة إذا بيع مع غيره.

٢٥٧/أ/٥

وضرب: لا تثبت فيه الشُّفْعة بحال بيع منفرداً ،أو مع غيره.

فأمّا الذي تثبت فيه الشُّفْعة بكلّ حال فهو الأرض داراً كان ،أو دكاناً ،أومُزْدَرعــاً[١] أو بستاناً ،وهو قول الفقهاء أجمع [٢] إلا ما حكي عن الأصم [٣] فأنّه قال: لا تثبت الشُّـفْعة في شيء بحال .

قال :لأنّ إثباها إفساد الأملاك على أهلها؛لأنّه إذا علم المشتري أنّ الشَّفيع يأخذ منه مـــا يشتريه رغب عن ذلك و لم يخاطر بما له.[٤]

وهذا غلط .

ودليلنا:

الأخبار التي ذكرناها [٥] وهي صريحة في إثبات الشُّفْعة.

---

[١] المُزْدَرع :موضع الزرع ،انظر/ مختار الصحاح ص٢٧٠.

[٢] أي ثبوت الشفعة من حيث الجملة ونقل الإجماع علـــى ذلـــك ابـــن المنـــذر في كتابـــه الإشـــراف ٣٣/١،والإجماع ص١٢١.وانظر /المبسوط ٩٥/١٤،مختصر الطحـــاوي ص١٢٠،المنتقـــى للبـــاجي ١٩٩/٦، الحـــاوي ٢٢٧/٧،حليـــة العلمـــاء ٢٦٣/٥،المغـــني٤٣٦/٧/مســـائل أحمـــد بروايـــة صالح٤١٥/١،٤١٧.

[٣] هو عبد الرحمن بن كيسان أبو بكر شيخ المعتزلة ومن كبرائهم ،ذكره القاضي عبدا لجبار المعتزلي في طبقات المعتزلة وذكر أنّه من أفصح الناس، وأصله من البصرة ،روى عن أبي هريرة ،وأنس ،وسمع منه الثوري وأبو عوانة ،وغيرهم قال ابن معين :ثقة كان يرى القدر ،وقال كثير من العلماء :لا يعتد به في الإجماع ،والخلاف ،توفي سنة ٢٠١ .انظر/ التأريخ الكبير ٢٥٩/٥،الجرح والتعديل ٣٠٤/٥،لسان الميزان ٤٢٧/٣، سير أعلام النبلاء ٤٠٢/٩.

[٤] وهو منقول عن ابن علية ،ونقل أيضاً عن جابر بن زيد ،ولكن لم يصح عنه.
انظر حلية العلماء ٢٦٣/٥، البيان ٩٩/٧،المغني ٤٣٦/٧ فتح العزيز ٤٥٢/٥

[٥] كما تقدم في ص٢٧٣-٢٧٤.

فأمَّا الجواب عمَّا ذكره من الاستدلال **فمن وجهين:**

أحدهما:أنَّا نشاهد أهل الأرض والعقار يبيعونها ،و تُشترى منهم وما توقَّف أحد عن شرائها في زمن من الأزمان، ولكنه يُقدم على شرائه ،فإن سلم له فذاك ،وإلا أخذ منه بالشُّفْعة وأعطي حقَّه. [1]

ثمَّ هذا لا يتوجَّه على مذهبنا؛ لأنَّ عندنا إذا قاسم شريكه سقطت الشُّفْعة [2] ،وإنَّما يتوجَّه على أبي حنيفة ؛لأنَّ عنده تثبت الشُّفْعة بالجوار .[3]

وأمَّا الضرب الثَّاني :وهو الذي لا تثبت فيه الشُّفْعة إذا بيع منفرداً ،وتثبت فيه إذا بيع مع غيره فهو: البنيان والأشجار؛لأنَّها تبنى وتغرس للتأبيد متصلة بالأرض ،فتثبت فيها الشُّفْعة إذا بيعت مع الأرض ؛لأنَّها تدخل في البيع بالإطلاق.[4]

فأمَّا الزرع إذا كان في الأرض أو الثمَّرة على الشجرة فأنَّها لا تُستَحق بالشُّفْعة.[5]

وقال أبو حنيفة: تستحق بالشُّفْعة. [6]

---

[1] انظر : البيان ٩٩/٧،المغني ٤٣٦/٧.

[2] انظر /اختلاف الحديث مطبوع مع الأم ٥/٤، الإشراف لابن المنذر ٣٦/١.

[3] انظر/ المبسوط ٩١/٤،مختصر الطحاوي ص١٢٠ ،عيون المسائل ص١٣٠.

وسيأتي مزيد تفصيل للمسألة في ص٢٨٤.

[4] انظر/ الحاوي ٢٣٣/٧،المهذب ٢١٢/٢،حلية العلماء ٢٦٥/٥، البيان١٠٠/٧ .

وحكي عن الإمام أبي الفرج السرخسي وجهاً أنَّه يُثبت الشُّفْعة فيها إذا بيع منفرداً ؛لثبوتها في الأرض والمذهب ما ذكره المصنف. انظر/فتح العزيز٤٨٤/٥.

[5] وهذا في الثمرة الظاهرة مع الأصل ؛لأنَّه منقول فلم يؤخذ مع الأرض بالشُّفْعة فإن بيع وفيه ثمرة فهل للشفيع أخذها ففيه وجهان :وقيل قولان :

الأول :ليس للشفيع أخذها ؛لأنَّه منقولة .

والثَّاني :أنَّ للشفيع أخذها لدخولها في مطلق البيع ،وهو الأصح .

انظر :المهذب ٢١٢/٢،٢١٣، البيان ١٠٠/٧-١٠١،حلية العلماء ٢٦٥/٥،فتح العزيز ٤٨٤/٥،الروضة٦٩/٥،نهاية المحتاج ١٩٦/٥.

[6] وهو المذهب عند الحنفية وفي القياس عندهم لا يثبت .

انظر/ المبسوط ١٣٣/١٤-١٣٤،حاشية ابن عابدين ١٥٠/٥.

واحتجَّ من نصره :بأنَّها متصلة بما فيه الشُّفْعة ،فوجب أن يكون فيها الشُّفْعة كالحائط والشجرة نفسها.[1]

ودليلنا:

أنَّ كلَّ ما لا يدخل في البيع على الإطلاق يجب أن لا تثبت فيه الشُّفْعة؛[2] الدليل عليه القماش في الدَّار ،والفدَّان [3] ،و الثيران في الضيعة [4] .

فأمَّا الجواب عمَّا احتجوا به فهو :أنَّ الثَّمرة مع اتصالها بالشجرة لَمَّا لم تدخل في البيع بالإطلاق لم تثبت فيها الشُّفْعة، وتفارق الحائط والشجرة؛لأنَّ ذلك يدخل في البيع بالإطلاق ؛فلذلك يثبت فيه الشُّفْعة.

وأمَّا الضرب الثَّالث: وهو الذي لا تثبت فيه الشُّفْعة بحال ،فهو ما ينقل ويحوَّل ؛فهذا لا تثبت فيه الشُّفْعة بحال.[5]

وقال مالك في إحدى الروايتين عنه:تثبت الشُّفْعة في السفينة؛لأنَّها بمنزلة الدَّار،وقال في الرواية الأخرى:أنَّ الشُّفْعة تثبت في الجميع. [6]

---

[1] انظر/ المبسوط ١٤/١٣٣.

[2] انظر/البيان ٧/١٠٠.

[3] الفَدَّان / بالتثقيل آلة الحرث وتطلق على البقرة التي يحرث بها ،وجمعها فَدَادِين ،وقد يخفف ويجمع على أَفْدنه وفُدُن.

انظر/ الغريب لابن سلام ١/٢٠٣،النهاية في غريب الحديث ٣/٢١٩،المصباح المنير ص ١٧٧.

[4] الضَّيْعَةُ و الضِّياعُ مال الرجل من النخل والكرْم والأرضِ،و الضَّيْعةُ: العَقارُ.و الضَّيْعةُ: الأَرض المُغِلَّةُ، والجمع ضِيَعٌ مثل بَدْرة وبِدَرٍ و ضِياعٌ. لسان العرب ٨/٢٣٠.

وانظر/ المصباح المنير ص١٣٩ .

[5] انظر/ الإقناع لابن المنذر ١/٢٦٧-٢٦٨، المهذب ٢/٢١٢،البيان ٧/٩٩،حلية العلماء ٥/٢٦٣، فتح العزيز ٥/٤٨٣.

[6] والصحيح عند المالكية أنَّه لا شفعة في المنقولات ،والحكاية عن مالك ضعيفة.

انظر/ الذخيرة ٧/٢٨٠، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٥٠،عقد الجواهر الثَّمينة ٢/٧٥٩،كفاية الطالب ٢/٣٢٥،حاشية الدسوقي ٥/٢٢٢،قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع ص٣٠٢،وأوجز المسالك ١٢/٤٧.

واحتجَّ من نصره:

بما روي عن **النَّبيِّ ﷺ/ أنَّه قال**: ((**الشُّفْعة في كلِّ شيءٍ**)) [1] .

ويقول عليه السلام: ((**الشُّفْعة فيما لم يقسم**)).[2]

وهذا عام .

قالوا ولأنَّ الشُّفْعة إنَّما تثبت لما يتوقى من سوء المشاركة،وهذا المعنى موجود فيما ينقل ويحول.

ودليلنا:

قوله ﷺ : ((**الشُّفْعة فيما لم يقسم ،فإذا وقعت الحدود وصرِفت الطرق فلا شفعة**)). [3]

فأثبت جنس الشُّفْعة فيما لم يقسم ،ثمَّ فسَّر ذلك بتفسير لا يتناول إلا ما لا ينقل ولا يحول؛لأنَّه قال : (إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق) وهذا إنَّما يستعمل في الأرض.[4]

---

[1] أخرجه الترمذي عن ابن أبي مايكة عن ابن عباس في كتاب الأحكام ،باب ماجاء أن الشريك شفيع ٦٥٤/٣ برقم (١٣٧١).

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشُّفْعة باب لاشفعة فيما ينقل ويحول ١٠٩/٦.

قال الترمذي (هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري روى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلاً ،وهذا أصح)انظر/ سنن الترمذي ٦٥٤/٣.

وقال الحافظ في الدراية (ورجال هذا الإسناد ثقات)٢٠٣/٢.

[2] تقدم تخريجه ص٢٧١

[3] تقدم تخريجه ص٢٧١

[4] انظر/ الحاوي ٢٢٨/٧.

فأمَّا الجواب عن الخبر الذي ذكروه [1] فهو: أنَّه مرسل ؛لأنَّه يرويه ابن أبي مليكـة [2] عن النَّبيﷺ [3] ،ثمَّ الذي ذكرناه [4] أولى؛لأنَّه أكثر رواةً وثابت في الصحاح.

وأمَّا الجواب عن المعنى الذي ذكروه فهو: أن نقول:إنَّما يعتبر سوء المشاركة فيمـا يتأبد ،وما ينقل ويحول فأنَّه لا يتأبَّد فبان الفرق بينهما [5] ،والله أعلم.

---

[1] وهو قوله ﷺ ((الشُّفْعة في كلِّ شيء)).

[2] ابن أبي مليكة : الإمام شيخ الحرم، أبو بكر وقيل: وأبو محمد، عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة زهير بن عبد الله بن جدعان القرشي التيمى المكى الأحول، قاضى مكة زمن بن الزبير، ومؤذن الحرم أدرك ثلاثين صحابياً روى عن جده وعائشة وأم سلمة وعبد الله بن عمرو بن العاص وابن عباس وابن عمـر وطائفة، وعنه عمرو بن دينار وأيوب وابن جريج ويزيد بن إبراهيم وجرير بن حازم ونافع بن عمر توفى سنة سبع عشرة ومائة.انظر/ تذكرة الحفاظ ١٠١/١ ،طبقات الحفاظ ص٤٨.

[3] كما تقدم في ص٢٧٨.

[4] وهو قوله ﷺ الشُّفْعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)).

[5] انظر/ التهذيب ص٥٠٩.

[٣٣] مسـألـة

قال الشَّافعيّ: (وَاحْتَجَّ مُحْتَجٌ بِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي رَافِعٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: ((الْجَـارُ أَحقُّ بسَقَبِهِ))[١] .وقَالَ مَحمَّدٌ [٢] فَأَقُولُ:للشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ، وَلِلْمُقَاسِمِ شُفْعَةٌ كَانَ لَصِيقًا أَوْ غَيْرَ لَصِيقٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْدَّارِ طَرِيقٌ نَافِذَةٌ)). [٣]

وهذا كما قال.

الشُّفْعة عندنا لا تثبت إلا بالشركة في الدَّار والأرض،ولا تثبت بالجوار سواء كـان الدرب نافذاً أو غير نافذ. [٤]

---

[١] تقدم تخريجه في ص٢٧٤.

[٢] ليس في المختصر المطبوع(محمد)ص١٣٠-ولعل المراد (محمد بن الحسن الشيباني صاحب الإمام أبي حنيفة)

[٣] وتمام ما في المختصر المطبوع (قلت له: فلِمَ أعطيت بعضاً دون بعض ؟واسم الجوار يلزمه فمنعت مـن بينك وبينه ذراع إذا كان نافذاً وأعطيت من بينك وبينه رحبة أكثر من ألف ذراع إذا لم تكن نافذة؟ فقلت له: فالجار أحق بسقبه لا يحتمل إلا معنيين لكلِّ جار أو لبعض الجيران دون بعض فلما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم (لا شفعة فيما قسم) دلَّ على أن الشُّفْعة للجار الذي لم يقاسم دون الجار الذي قاسـم، و حديثك لا يخالف حديثنا ؛لأنَّه مجمل وحديثنا مفسَّر والمفسَّر يبين المجمل. قال: وهل يقع اسم الجوار علـى الشريك؟ قلت: نعم امرأتك أقرب إليك أم شريكك؟ قال: بل امرأتي لأنها ضجيعتي. قلت: فالعرب تقـول امرأة الرجل جارته قال: وأين؟ قلت: قال الأعشى :

أجارتنا بيني فإنك طالقة ومموموقة ما كنت فينا ووامقة.

أجارتنا بيني فإنك طالقة كذاك أمور الناس تغدو وطارقة.

وبيني فإن البين خير من العصا وأن لا تزالي فوق رأسك بارقه.

حبستك حتى لامني الناس كلُّهم وخفت بأن تأتي لدي ببائقه.

وذوقي فتى حي فإني ذائق فتاة لحي مثل ما أنت ذائقة.

فقال عروة: نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى.قال الشَّافعيّ رحمه الله: وحديثنا أثبت إسنادًا مما روى عبد الملك عن عطاء عن جابر، وأشبههما لفظًا وأعرفهما في الفرق بين المقاسم وبين من لم يقاسم؛ لأنـه إذا باع مشاعاً باع غير متجزئ فيكون شريكه أحق به؛ لأنَّ حقَّه شائع فيه وعليه في الداخل سوء مشاركة ومؤونة مقاسمة وليس كذلك المقسوم. قال الشَّافعيّ رحمه الله: ولا شفعة إلا في مشاع)ص١٣٠

[٤] اختلاف الحديث مطبوع مع الأم ٥/٤،الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنـذر ٣٣/١،الحـاوي ٢٢٧/٧،البيان ١٠١/٧.

وبه قال عمر وعثمان [1] وعمر بن عبد العزيز [2]،وسعيد بن المسيّب، [3] وسليمان بن يسار [4] ويحيى بن سعيد الأنْصاري، [5]

---

[1] انظر/ جامع الترمذي ٦٥٣/٣،الإشراف لابن المنذر ٣٣/١-٣٤،المحلى ٩٩/٩، البيـــان١٠١/٧ المغني٤٣٦/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٤٩/٢.

[2] هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن العاص بن أمية أبو حفص ،من العلماء الزهـــاد ،ولـــد بحلوان في مصر سنة ٦١ ،ولي للأمويين ولايات عدة، وولي الخلافة سنة ٩٩،وتوفي ســـنة ١٠١،بعـــد سنتين وأشهر من الخلافة .

انظر/ طبقات الفقهاء ص٦٤،حلية الأولياء ٢٥٣/٥،صفوة الصفوة١١٣/٢.

وانظر قوله: في جامع الترمذي ٦٥٣/٣،الإشراف لابن المنذر ٣٣/١-٣٤،المحلى ٩٩/٩، البيان١٠١/٧ المغني٤٣٦/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٤٩/٢.

[3] تقدمت ترجمته ص٢٧١.

انظر قوله في :الإشراف لابن المنذر ٣٣/١-٣٤،المحلى ٩٩/٩، الحـــاوي ٢٢٧/٧ البيـــان١٠١/٧، المغني٤٣٦/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٤٩/٢.

[4] هو سليمان بن يسار، أبو أيوب،المدني الفقيه مولى ميمونة زوج النبي ﷺ وهو أخو عطاء بن يسار ،روى عن ابن عباس ،وأبو هريرة ،وأم سلمة،وغيرهم ،وروى عنه الزهري ،ويحيى بن سعيد ،وعمرو بن دينار وآخرون توفي سنة ١٠٤ ،وقيل١٠٧.

انظر/ التأريخ الكبير ٤١/٤،الكنى والأسماء٦٥/١،مولد العلماء ووفياتهم ١٥٧/١.

انظر قوله في :الإشراف لابن المنذر ٣٣/١-٣٤،المحلى ٩٩/٩، الحـــاوي ٢٢٧/٧ البيـــان١٠١/٧، المغني٤٣٦/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٤٩/٢.

[5] يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو ،وقيل: يحيى بن سعيد بن قيس بن قهد الحافظ أبو سعيد الأنصـــاري النجاري المدني قاضي المدينة ثم قاضي القضاة للمنصور ،وشيخ عالم المدينة وتلميذ الفقـــهاء الســـبعة مولده قبل السبعين زمن ابن الزبير .

حدث عن أنس بن مالك والسائب بن يزيد وأبي أمامة بن سهل وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمـــد وخلق وعنه شعبة ومالك والسفيانان والحمادان وابن المبارك ويحيى القطان ،توفي بالهاشمية بقرب الكوفة وله بضع وسبعون سنة، سنة ثلاث وأربعين ومائة.

تذكرة الحفاظ ١٣٧/١،سير أعلام النبلاء ٤٦٨/٥.

انظر قولـــه في : جـــامع الـــترمذي ٦٥٣/٣ الإشـــراف لابـــن المنـــذر ٣٣/١-٣٤،البيـــان١٠١/٧، المغني٤٣٦/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٤٩/٢.

وربيعة [١] ومالك [٢] والأوزاعي [٣] وأحمد [٤] وإسحاق [٥] وأبو ثور. [٦]

---

[١] هو ربيعه بن أبي عبد الرحمن الرأي،أبو عثمان المدني الفقيه ،واسم أبي عبد الرحمن فروخ مولى التيميين وكان فقيهاً مجتهداً بصيراً بالرأي وعنه أخذ مالك الفقيه ،روى عن أنس بن مالك ،والسائب بن يزيد وسعيد بن المسيب ،وروى عنه سفيان ،وشعبة ،ومالك . توفي ١٣٦.
انظر/ التأريخ الكبير ٢٨٦/٣-٢٨٧،الجرح والتعديل ٤٧٥/٣،تذكرة الحفاظ ١٢٧/١،سير أعلام النبلاء ٨٩/٦-٩٣.
انظر قوله في : جامع الترمذي ٦٥٣/٣ الإشراف لابن المنذر ٣٣/١-٣٤، الحاوي ٢٢٧/٧البيان١٠١/٧، المغني٤٣٦/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٤٩/٢.

[٢] انظر/ المدونة ٤٠١/٥-٤٠٢،التفريع ٢٩٩/٢،قوانين الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية للغرناطي ص٣٠٢.

[٣] هو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي،أبو عمرو، والأوزاع التي عرف بها قرية بدمشق ، ولد سنة ٨٠ هـ، إمام أهل الشام وصاحب المذهب المشهور الذي نسب إليه قديماً الأوزاعية حدث عن عطاء بن أبي رباح ،وأبي جعفر الباقر ،وعمرو بن شعيب وغيرهم .
وروى عنه ابن شهاب الزهري ،ويحي بن أبي كثير وهما من شيوخه ،وشعبة ،والثوري وغيرهم،توفي سنة ١٥٠،وقيل ١٥٧.
انظر/ العبر ٢٢٧/١،حلية الأولياء ١٣٥/٦-١٣٦،مشاهير علماء الأمصار ص١٨٠،سير أعلام النبلاء ١٠٧/٧-١٨٠.
و انظر قوله في :جامع الترمذي ٦٥٣/٣ الإشراف لابن المنذر ٣٣/١-٣٤، الحاوي ٢٢٧/٧، والمحلى٩٩/٩ البيان١٠١/٧، المغني٤٣٦/٧.

[٤] انظر/ المغني ٤٣٦/٧،الإنصاف ١٨٧/٦.

[٥] هو أبو يعقوب إسحاق بن ابراهيم بن مَخْلد بن ابراهيم بن عبد الله بن مطر التميمي ثم الحنظلي المروزي نزيل نيسابور .المعروف بابن راهوية ولد في سنة إحدى وستين ومائة،وسمع من ابن المبارك ،وسمع الفضل بن موسى السيناني والفضيل بن عياض ومعتمر بن سليمان، حدث عنه بقية بن الوليد يحيى بن آدم وهما من شيوخه وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين وهما من اقرانه وإسحاق بن منصور ومحمد بن يحيى ومحمد بن إسماعيل البخاري ومسلم بن الحجاج،توفي سنة ثمان وثلاثين ومائتين .
انظر/تأريخ بغداد ٣٤٥/٦، سير أعلام النبلاء ٣٥٩/١١.
و انظر قوله في: :جامع الترمذي ٦٥٣/٣ الإشراف لابن المنذر ٣٣/١-٣٤، الحاوي ٢٢٧/٧، والمحلى٩٩/٩ البيان١٠١/٧، المغني٤٣٦/٧.

[٦] تقدمت ترجمته ص١٤٧

وقال أبو حنيفة،[1] والثوري ،[2] وابن شبرمة [3] ،وابن أبي ليلى [4] :أنَّ الشُّــفْعة تثبت بالشركة في الدَّار والطريق وبالجوار .

انظر قوله في: :الإشراف لابن المنذر ٣٣/١-٣٤، والمحلى٩٩/٩ البيان١٠١/٧،حليــة العلمـاء ٢٦٦/٥، المغني٤٣٦/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٤٩/٢.

[1] انظر/ بدائع الصنائع ٩٧/٤-٩٨،الاختيار ٤٣/٢،مختصر اختلاف العلمـاء٢٣٩/٤،طريقـة الخـلاف ص٣٥٨.

[2] هو سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب بن رافع بن عبد الله بن موهبة بن أبي ابن عبد الله بن منقذ بن نصر ،أبو عبد الله الثوري الكوفي المجتهد مصنف كتاب الجامع ،ولد سنة سبع وتسعين ،حــدث عــن إبراهيم بن عبد الأعلى وإبراهيم بن عقبة وإبراهيم بن محمد بن المنتشر ،خليفة وإياد ابن لقيط وأيــوب السختياني وأيوب بن موسى والبختري بن المختار وخلق سواهم ،حدث عنه الأعمش وأبان بن تغلب وابن عجلان .وجعفر بن برقان وأبو حنيفة والأوزاعي،خلق ،مات سنة ١٦١

انظر/ سير أعلام النبلاء ٢٢٩/٧.

انظر قوله في الحاوي ٢٧٧/٧،البيان ١٠٢/٧،المغني٤٣٧/٧.

[3] هو عبد الله بن شبرمة بن طفيل الضبي ، الإمام العلامة فقيه العراق ،أبو شبرمة قاضي الكوفة .

حدَّث عن أنس بن مالك ،وأبي الطفيل عامر بن واثلة ،وأبي وائل شقيق بن سلمة.

وحدَّث عنه الثوري والحسن بن صالح وابن المبارك .

توفي سنة ١٤٤.

انظر/ سير أعلام النبلاء ٣٤٧/٦-٣٤٨-٣٤٩،مولد العلماء ووفياتهم ٣٣٧/١،لسان الميزان ٤٩٦/٧.

و انظر قوله في البيان١٠٢/٧،حلية العلماء ٢٦٦/٥،المغني ٤٣٧/٧.

[4] بن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى العلامة الإمام مفتي الكوفة وقاضيها أبــو عبــد الــرحمن الأنصاري الكوفي ولد سنة نيف وسبعين ن أخيه عيسى عن أبيه وأخذ عن الشعبي ونافع العمري وعطاء ابن ابي رباح والقاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود حدث عنه شعبة وسفيان بن عيينة وزائدة والثوري وقيس بن الربيع وحمزة الزيات انظر/ سير أعلام النبلاء ٣١٠/٦-٣١٦.

و انظر قوله في البيان١٠٢/٧،حلية العلماء ٢٦٦/٥،المغني ٤٣٧/٧.

ولأبي حنيفة في ذلك تفصيل :

فعنده أنّ الشريك في الدَّار يُقَدَّم على الشريك في الطريق دون الدَّار، والشـريك في الطريق يُقَدَّم على الجار،فإذا كان الدَّرب غير نافذ كان طريق أهل الدَّرب مشـتركاً بينهم فتثبت الشُّفْعة لجميعهم غير أنَّ الأقرب فالأقرب يُقَدَّم، فإن تركها الأقرب فـهي للذي يليه ؛وعلى هذا حتى يدور الدَّرب،فإن لم يأخذ الشُّفْعة أهل الـدَّرب كـانت للجار الملاصق في الدرب الآخر، ولا يكون لغيره من أهل ذلك الدرب إلا من كـانت داره ملاصقة لداره. [1]

فأمَّا إذا كان الدرب نافذاً كانت الشُّفْعة للجارين المتلاصقين، ولا يكون لغيرهما مـن أهل الدرب ،ويكون أيضاً للجار الملاصق من الدرب الآخر. [2]

وقال عبيد الله /بن الحسن العنبري [3] وسوار القاضي [4] :إنَّ الشُّفْعة لا تثبـت إلا بالشركة فيها أو الشركة في الطريق،ولا تثبت بالجوار [5] .

واحتجَّ من قال أنَّ الشُّفْعة تثبت بالجوار : بما روى أبو رافع [6] أنَّ رسـول الله ﷺ قال: **((الجار أحقُّ بسقَبه))** [7] .

---

[1] انظر/ تكملة فتح القدير ٩/٣٧٦-٣٧٧،البناية في شرح الهداية ٨/٤٥١-٤٥٢،الاختيار ٢/٤٣-٤٤.

[2] انظر/ المراجع السابقة.

[3] تقدمت ترجمته في ص٩٢.

[4] هو سوار بن عبد الله بن قدامه بن عنبرة بن كعب ،أبو عبد الله ،قاضي الرصافة من بغداد من بيت العلم والقضاء ،كان جده قاضي البصرة ،سمع سوار من عبد الوارث التنوري ،ومعتمر بن سليمان ،ويحيى بن القطان ،وحدث عنه أبو داود ،والترمذي ،والنسائي.توفي في شوال سنة ٢٤٥.
انظر/ سير أعلام النبلاء ١١/٥٤٣-٥٤٥،تأريخ بغداد ٩/٢١٠،مشاهير علماء الأمصار ص١٥٨.

[5] انظر/ حلية العلماء ٥ /٢٦٧،المغني ٧/٤٣٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٤٩.

[6] تقدمت ترجمته ص٢٧٥ .

[7] تقدم تخريجه ص٢٧٥.

وبما روى سَمُرة [1] أنَّ النَّبيﷺ قال: ((**جار الدَّار أحقُّ بدار الجار أو الأرض**)). [2]

وبما روى جابر أنَّ النَّبيﷺ قال: ((**الجار أحقُّ بشفعة جاره ،ينتظر بها ،وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً**)). [3]

وبما روى محمد بن الحسن [4] بإسناده عن أبي سعيد أنَّ النَّبيﷺ قال: ((**الخليط أحقُّ من الشَّفيع ،والشَّفيع أحقُّ من غيره**)). [5] والخليط هو الشريك ،وأراد بالشَّفيع الجار. [1]

---

[1] هو سمرة بن جندب بن هلال الفزاري ،أبو عبد الله من علماء الصحابة نزل البصرة .
حدث عنه ابنه سليمان ،وأبو قلابة ،وأبو رجاء العطاردي ،وأبو نضرة العبدي.
توفي رضي الله عنه سنة٥٨،وقيل ٥٩.
انظر/ سير أعلام النبلاء ١٨٣/٣-١٨٦.المقتنى في سرد الكنى ٢٦٦/١،طبقات المحدثين ص٢٢.

[2] أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في كتاب البيوع باب ما جاء في الشُّفْعة ٢٨٦/٣برقم (٣٥١٧).
والترمذي بلفظ (جار الدَّار أحق بالدَّار).في كتاب الأحكام ،باب ما جاء في الشُّفْعة ٦٥٠/٣ برقم (١٣٦٨)والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشُّفْعة باب ما جاء بالشُّفْعة بالجوار ١٠٦/٦.وابن أبي شيبة في مصنفه ١٦٥/٥.
قال الترمذي (حديث سمرة حديث حسن صحيح) السنن ٦٥٠/٣،وصححه الألباني في الإوراء ٣٧٧/٥.

[3] أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب ما جاء في الشُّفْعة ٢٨٦/٣،برقم(٣٥١٨).
والترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء في الشُّفْعة للغائب ٦٥١/٣. برقم (١٣٦٩).
وابن ماجة في كتاب الشُّفْعة باب الشُّفْعة للجوار ٨٣٣/٢.
والدَّارمي في كتاب البيوع ،باب الشُّفْعة ٢٧٣/٢.
والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الشُّفْعة باب الشُّفْعة بالجوار ١٠٦/٦.

[4] تقدمت ترجمته ص١٧٩.

[5] أخرجه ابن أبي شيبة ١٦٧/٧.
وعبد الرزاق ٧٨/٨.
و الطحاوي في معاني الآثار كتاب الشُّفْعة ،باب الشُّفْعة في الجوار ١٢٥/٤.
قال ابن الجوزي في التحقيق (هذا الحديث لايعرف هكذا)٢١٦/٢.
وقال الزيلعي في نصب الراية (غريب)١٧٦/٤. وانظر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢٠٣/٢.

وروي عن عمرو بن الشريد بن سويد [٢] عن أبيه [٣] أنّه [٤] قال:يا رسول الله إن لي أرضاً ليس لأحد فيها شرب ولا قسم،فقال النَّبيﷺ : **((أحقُّ بِسَقَبِه ما كان))**.[٥]

ومن جهة المعنى: أنَّ الجوار معنى يتعلَّق به خوف الضَّرر على الدَّوام ؛فجاز أن تثبت الشُّفْعة ؛الدليل عليه الشَّركة.[٦]

ودليلنا:

ما روى جابر أنَّ النَّبيﷺ قال: **((إنَّما الشُّفْعة فيما لم يقسم ،فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة))**.[٧]

=

[١] انظر/ تكملة فتح القدير ٣٧٥/٩،الاختيار ٤٣/٢.

[٢] هو عمرو بن الشريد بن سويد الطائفي الثقفي ،أبو الوليد تابعي ثقة، سمع ابن عباس وأبي رافع وأباه.
وروى عنه الزهري ،وصالح بن دينار ،وإبراهيم بن ميسرة .
انظر/ المقتنى في سرد الأسماء والكنى ١٣٧/٢،التأريخ الكبير ٣٤٣/٦،معرفة الثقات ١٦٦/٢،تهذيب الأسماء واللغات ٢٨/٢/١.

[٣] وأبوه شريد بن سويد الثقفي الحجازي ،أبو عمرو ،له صحبة .
روى عنه ابنه عمرو،وأبو سلمة بن عبد الرحمن .
انظر/ الجرح والتعديل ٣٨٢/٤،الإصابة ٣٤٠/٣.

[٤] في المصادر أنَّ رجلاً.

[٥] أخرجه النسائي في كتاب البيوع ،باب ذكر الشُّفْعة وأحكامها٣٦٧/٧.برقم (٤٧١٧)
وابن ماجة في كتاب الشُّفْعة باب الشُّفْعة بالجوار . ٨٣٤/٢برقم(٢٤٩٦).
وابن أبي شيبه ١٦٨/٧ .
وضعفه ابن الجوزي في التحقيق ،وقال: (وأمَّا حديث عمرو بن الشريد ،فقال ابن المنذر حديث منكر لا أصل له) (٢١٦/٢) وانظر/ نصب الراية١٧٢/٤.

[٦] انظر/ المبسوط٩٥/١٤،بدائع الصنائع ٩٨/٤،الاختيار ٤٣/٢.

[٧] تقدم تخريجه ص٢٧٣.

ووجه الدليل منه: أنّه ذكر الشُّفْعة بالألف واللام ،وليس لها معهود يرجع اللفظ إليه فثبت أنّه للجنس،وأنّه أثبت جنس الشُّفْعة فيما لم يقسم، ثمّ أكدَّ ذلك بقوله عليه السلام: ((**فإذا وقعت الحدود فلا شفعة**)).[1]

وهذا كما يقولونه في قوله عليه السلام: ((**البيِّنة على المدَّعِي**))[2] فيثبتون جنس البيِّنة في جنبة المدعي بهذا الخبر على الوجه الذي بيَّناه [3] ،ويؤكِّد ذلك أيضاً أنَّ دليل خطابه [4] يدلُّ على أنَّ الشُّفْعة لا تثبت فيما لم يقسم،ولأنَّه قال في الخبر الأول:(**إنّما الشُّفْعة فيما لم يقسم**)[5] ولفظة (**إنّما**) للحصر [6] كما قال الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ ﴾ [7] وكما قال: ﴿ إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرٌ ﴾[8] فذكر ذلك على وجه الحصر،فكذلك ههنا [9] .

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٢٨،الاصطلام٤/١٦٢،البيان ٧/١٠٢.

[2] أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ماجاء في أنَّ البيِّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه ٣/٦٢٦.برقم(١٣٤١)

والدَّار قطني في سننه ٤/١٥٧.

والبيهقي في السنن الكبرى ٨/١٢٣.

كلّهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .قال الترمذي (وفي إسناده مقال ومحمد بن عبيد الله العَرْزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه وضعفه ابن المبارك وغيره)٣/٦٢٦.

وأصل الحديث بالصحيحين بلفظ (اليمين على المدعى عليه) الدَّارية ٢/١٧٥.

[3] انظر/ المبسوط١٧/٢٩.

[4] دليل الخطاب :هو الاستدلال بتخصيص الشيء بالذكر على نفي الحكم عما عداه .

ويسمى أيضاً مفهوم المخالفة .

انظر/ المستصفى٣/٤١٣،البحر المحيط٤/٣١.

[5]تقدم تخريجه ص ٢٧٤.

[6]انظر/ تفسير الطبري ٢/٢١٦.

[7] سورة النساء آية رقم(١٧١)

[8]سورة الرعد آية رقم (٧)

[9] انظر/ الحاوي ٧/٢٢٩،الاصطلام٤/١٦٢.

فإن قيل:المراد به فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ،أنَّ الشُّفْعة لا تثبت لجار أحد الشريكين بمقاسمتها [1] .

فالجواب أنَّ هذا غلط؛لأنَّا أجمعنا على أنَّ المراد بقوله (**فيما لم يقسم**) أنَّ الشُّفْعة بالبيع فيما لم يقسم ،وإذا كان الخبر على هذا التكرير كان ما يعقبه من النفي للشُّفعة راجعاً إليه، فكأنَّه قال: فإذا وقعت الحدود فلا شفعة بالبيع؛لأنَّ ذلك نفي لما أثبته في الأول [2] .

ويدلُّ على صحَّة قولنا:

ما روي عن عمر أنَّه قال: ((الشُّفْعة فيما لم يقسم ،فإذا وقعت الحدود وصرفت الحقوق فلا شفعة)).[3]

وروي عن عثمان أنَّه قال ((إذا وقعت السُّهْمان فلا شفعة)).[4]

وروي أنَّه /قال: ((لا شفعة في فحل [5] ولا بئر [6] والأُرَفُ تقطع كلَّ الشُّفْعة))[1] وأراد بالأرف المعالم التي هي على الحقوق والحصص،يقال:أرفت الأرض إذا ميزتها وأعلمت عليها [2] .

---

[1] انظر/ المبسوط ٩٥/١٤،تكملة فتح القدير ٣٧٥/٩.

[2] ونحوه في الاصطلام ١٦٦/٤.

[3] أخرجه عن عمر ابن أبي شيبه ١٧٢/٧،وعبد الرزاق في مصنفه ٨٠/٨،وابن حزم في المحلى ٨٤/٩.

[4] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الشُّفْعة ،باب الشُّفْعة بالجوار١٠٥/٦،وعبد الرزاق في مصنفه ٨٠/٨.

[5] أي معناه أن القوم كانت لهم نخيل في حائط توارثوها فاقتسموها ولهم فحل نخل ،يلقحون منه نخيلهم ،فإذا باع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط ،بحقوقه من الفحال وغيره فلاشفعة للشركاء في الفحال في حقّه منه ؛لأنَّه لا يقسم كالبئر ،والجمع فحول ،ومن قال فحّال فجمعه فحاحيل .الزاهر ص٣٤٥.وانظر/ الموطأ٧١٧/٢، الفائق ٩١/٣

[6] وتأويل البئر أن يكون بين نفر لكلٍّ واحد منهم حائط على حد يسقيه من ماء تلك البئر ،فالبئر بينهم مشتركة ،وحائط كلُّ واحد منهم مفروز ،فإذا باع أحدهم حائطه لم يكن لشركائه في البئر شفعة في نصيبه من البئر لأجل شركتهم لأنَّها لا تنقسم ،وإنَّما الشُّفْعة تجب فيما يقسم . الزاهر ص٣٤٥

ويدلُّ عليه: من جهة المعنى أنَّ ملكه متميز عن البيع فوجب أن لا يثبت فيه حقُّ الشَّفيع [٣] ؛الدليل عليه:الجار المحاذي في الدرب النافذ وهو أقرب إليه من الجار الملاصق [٤] ؛لأنَّ باب داره تحد دار البائع وبينهما قدر ذراع [٥] ؛ فلأن لا تثبت للجار الملاصق أولى وأحرى؛

ولأنَّ القياس يقتضي أن لا تثبت الشُّفْعة في الدَّار، غير أنَّ الدليل دلَّ على ثبوتها بالشَّركة،وبقي الباقي على مقتضى القياس [٦] .

فأمَّا الجواب عمَّا احتجُّوا به من الخبر الأول [٧] فهو أنَّ السقب القرب .

فمعنى الخبر:الجار أحقُّ بقربه،وهذا مجمل [١] فلا بد من حمله على معنى صحيح،ونحن نحمله على الرحبة [٢] تكون للرجل فيتنازع اثنان في الانتفاع بها فيكون الجار الأقرب

=

[١] أخرجه مالك في الموطأ ٧١٧/٢، وابن أبي شيبة في مصنفه ١٧١/٧، وعبد الرزاق في مصنفه ٨٠/٨،وابن حزم في المحلى١٠٢/٩.والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الشُّفْعة باب الشُّفْعة بالجوار.١٠٥/٦

[٢]أرفها الأرَفُ جمع أرْفَة وهي الحدود والمعالم .
النهاية في غريب الحديث ٣٩/١،وانظر/ الغريب لابن سلام ٤١٦/٣،الزاهر ص٣٤٥،لسان العرب ٤/٩

[٣]انظر/ الحاوي ٢٢٩/٧

[٤]وذلك أنَّ الحنفية لا يرون الشُّفْعة للجار المحاذي في الدرب النافذ.
انظر/ طريقة الخلاف في الفقه ص٣٥٨،الهداية مطبوع مع الهداية ٤٦٨/٨.

[٥]الذِّرَاعُ : ما بين طَرف المِرْفَق إلى نهاية طَرَفِ الإصْبَع الوُسْطَى، أُنثى وقد تذكَّر،وجمعها أذرع.
واختلفت أنواع الأذرع ،وما يهمنا هو الذراع الشرعي فقد أجمع الفقهاء على أنَّ طوله ستة قبضات معتدلات كل قبضة أربعة أصابع ،وكل إصبع بعرض ست حبات من الشعير وكل شعيرة بعرض ست شعرات .
-أمَّا تقدير الذراع بالمسافات الحديثة فقد قُدر ٤٦،٢ سنتيمتر .
انظر/ لسان العرب ٩٣/٨، المصباح المنير ص٧٩، المقادير الشرعية والأحكام المتعلقة بها ص٢٦١-٢٦٢-٢٨٦،٢٦٣ ،الإيضاح والتبيان ص٧٧، ٨٩ .

[٦] انظر/ الاصطلام ١٦٧/٤،المغني ٤٣٨/٧.

[٧] وهو قوله ﷺ (الجار أحق بسقبه).

أحقُّ بالانتفاع بها ،ويكون الخبر محمولاً على هذا الوجه ،[3] ويكون المراد به أحقُّ بالبر والإحسان لقربه.[4]

وخبرنا أولى؛لأنَّه يدل نطقه [5] ودليله [6] على ما ذهبنا إليه ،وقد عاضده ما رويناه عن عمر وعثمان [7] وهو صريح في موضع الخلاف.

وجواب آخر :وهو أنَّ المراد بالجار الشَّريك؛لأنَّ جميع أجزاء ملكه مجاورة لجميع أجزاء ملك شريكه، فهو أحقُّ باسم الجوار من الجار المقاسم، ومعنى الجوار:القرب ولهذا تسمِّي العرب الزَّوجة جارة؛ لقربها من زوجها [8] ،والدليل عليه قول الأعشى: [9]

أجارتنا بيني فإنَّك طالقة ... وموموقة ما كنت فيها ووامقة [10]

---

[1] المجمل /ما يتوقف فهم المقصود منه ،إلى قرينة ،حالية ،أو مقاليه ،أو دليل منفصل .(التحقيقات في شرح الورقات ص٣٢٢.

[2] وهي الأرض الواسعة.

انظر/ القاموس المحيط ص٨٣.

[3] انظر/ الحاوي ٧/ ٢٣٠.

[4] انظر/ المغني٧/٤٣٨.

[5] أي منطوقه

[6] أي دليل خطابه وهو مفهوم المخالفة .

[7] في صفحة ٢٨٩.

[8] انظر/ اختلاف أهل الحديث للشافعي مطبوع مع الأم ٤/٦،الحاوي ٧/٢٣١.

[9] الأعشى هو ميمون بن قيس وهو من سعد بن ضُبيعة بن قيس ينتسب إلى قبيلة بكر بن وائل ،عاش الأعشى في أواخر العصر الجاهلي وكان أعمى ،ويكنى أبا بصير ،وأدرك الإسلام في آخر عمره ،ورحل إلى النبي ﷺ ليسلم ،فقيل :أنَّه كان يحرم الخمر ،والزنا ،فقال أتمتع منهما سنة ثم أسلم فمات قبل ذلك بقرية باليمامة .

انظر/ / طبقات الشعراء لابن قتيبة ص١٥٤،تأريخ الأدب العربي ٢/٣٣٣-٣٣٩.

[10] والأبيات في ديوانه هكذا :

يا جارتي بيني فإنَّك طالقه ... كذا أمور الناس غادٍ وطارقة

وبيني فإنَّ البين خير من العصا ... وألَّا تزال فوق رأسك بارقة

وأمّا الجواب عن حديث سَمُرة فهو :أنّ راويه الحسن [1]عن سَمُرة،وقال أهل الحديث: لم يسمع الحسن عن سَمُرة إلا حديثَ العقيقة [2] ،ثمّ إن ثبت حملناه على الشريك. [3]

وأمّا الجواب عن حديث جابر،فهو: رواية عبد الملك بن سليمان [4] عن عطاء [5] عن جابر ،وقد طعن أصحاب الحديث فيه،فرُوِي عن شعبة [1] ويحيى القطان [2] أنّهما ضربا على هذا الحديث.

=

وما ذاك من جرم عظيم جنيته ولا أن تكوني جئت فينا ببائقه
وبيني حصان الفرج غير ذميمة وَمَوْمُوْقَة فينا كذاك وَوَامِقه
ديوانه ص٢٦٣.

[1] الحسن بن أبي الحسن البصري ، واسم أبي الحسن يسار مولى زيد بن ثابت الأنصاري، أبو سعيد . ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر ،رأى عثمّان بن عفان ،وسمع أبي بكرة ،وأنس بن مالك ،وعمران بن حصين ،وعنه أيوب ،وثابت البناني ،ومالك بن دينار مات في أول رجب ١١٠.
انظر/ الكنى والأسماء١/٣٥٧،سير أعلام النبلاء٤/٥٦٣.

[2] وإنّما أخذها الحسن عن كتاب لسمرة رضي الله عنه.قال الذهبي في سير أعلام النبلاء (إنّما أعرض أهل الصحيح عن كثير مما يقول فيه الحسن عن فلان ،وإن كان مما قد يثبت لقيه لفلان المعين ؛لأنّ الحسن معروف بالتدليس ،ويدلس عن الضعفاء ،فيبقى في النفس من ذلك ،فإننا وإن ثبتنا سماعه من سمرة ،يجوز أن يكون لم يسمع فيه غالب النسخة عن سمرة)٤/٥٨٨.
انظر/ علل المديني ص٥٣،معالم السنن للخطابي ٣/٧٨٧.

[3] انظر/ الحاوي ٧/٢٣١،الاصطلام٤/١٦٥.

[4] هو عبد الملك بن أبي سليمان ،و اسم أبي سليمان ميسرة العَرْزمي الفزاري الكوفي ،أبو سليمان ،وقيل أبو عبد الله ،سمع من أنس بن مالك، سعيد بن جبير ،وعطاء ،روى عنه الثوري وشعبة ،ويحيى القطان،وحفص بن غياث.وثقة أحمد ،والنسائي ،وذكره العجلي في الثقات .توفي في سنة١٤٥.
انظر/ التأريخ الكبير٥/٢١٧، معرفة الثقات للعجلي ٢/١٠٣،تذكرة الحفاظ١/١٥٥،سير أعلام النبلاء٦/١٠٧.

[5] هو عطاء بن أبي رباح ،واسم أبي رباح أسلم ،مولى بن خثيم القرشي الفهري المكي ،ولد في خلافة عثمان روى عن أبو هريرة ،وابن عباس ،وجابر ،وابن عمر ،روى عنه عمرو بن دينار ،وقيس بن سعد ،وابن جريج توفي في رمضان . سنة ١١٤،وقيل ١١٥.والأصح الأول.

=

وقال يحي:لو روى عبد الملك حديثاً آخر مثل حديث الشُّفْعة لم أسمع منه .[٣]
ويدلُّ على ضعفه ما نقل في الصِّحاح عن جابر أنَّ النَّبيﷺ لم يثبت الشُّفْعة إلا فيما لم يقسم [٤] ،ثمَّ يحمل ذلك الخبر عليه إذا باعه أحد الشريكين وأظهر المشتري أنَّه اشتراه بأكثر من ثمَّنه ،فرغب الشريك عن الشُّفْعة فقاسم الشريك ثمَّ علم بعد ذلـــك[٥]،أو كان غائباً ثمَّ قدم وقد قاسم المشتري البائع وطالب بالشُّفْعة، فأنَّه يكون أحقَّ به لمـــا تقدَّم من الشَّركة.

وأمَّا الجواب: عن حديث الخدري فهو: أنَّه مرسل،وفي إسناده ضعف [٦] ،والـــذي يدلُّ على ضعفه/ اختلاف لفظه؛لأنَّه جعل الشَّفيع غير الخليط، والخليط هو الشَّفيع.

انظر/ التأريخ الكبير ٦/٤٦٣،تذكرة الحفاظ ١/٩٨،سير أعلام النبلاء٥/٧٨-٨٨.

[١] هو شعبة بن الحجاج بن الورد الأزدي الواسطي ،مولى عتيك ،أبو بسطام ،ولد في سنة ٨٢،سمع الحكم وقتادة ،عمرو بن دينار ،عمرو بن مرة ،وروى عنه الأعمش ،والثوري ،ومحمدبن إسحاق .
انظر/ التأريخ الكبير ٤/٢٤٤،الكنى والأسماء ١/١٥٤،تذكرة الحفاظ١٩٣-١٩٤.

[٢] هو يحيى بن سعيد بن فروخ الإمام الكبير أمير المؤمنين في الحديث أبو سعيد التميمي مولاهم البصـــري الأحول القطان الحافظ ،ولد في أول سنة عشرين ومائة ،سمع سليمان التيمي وهشام بن عروة وعطاء بن السائب وسليمان الأعمش وحسينا المعلم وحميدا الطويل ،روى عنه سفيان وشعبة ومعتمـــر بـــن سليمان وهم من شيوخه وعبد الرحمن بن مهدي وعفان ومسدد وابنه. توفي يحيى بن سعيد في صفر سنة ثمان وتسعين ومائة.انظر/ سير أعلام النبلاء ٩/١٧٥

[٣] معالم السنن ٣/٧٨٧.

قال الترمذي بعد الحديث : (هذا حديث غريب ،ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بـــن أبي سليمان عن عطاء عن جابر ،وقد تكلَّم شعبة في عبد الملك بن أبي سلمان من أجل هذا الحديث ،وعبـــد الملك ، ثقة مأمون عند أهل لحديث ،لا نعلم أحداً تكلَّم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديـــث ،وقـــد روى وكيع عن شعبة ،عن عبد الملك بن أبي سليمان هذا الحديث ،وروى عن ابن المبارك عن ســـفيان الثوري ،قال عبد الملك بن أبي سليمان ميزان .يعني في العلم والعمل)سنن الترمذي ٣/٦٥١ .
وانظر/ الاستذكار٢١/٢٦٦،والإرواء٥/٣٧٨-٣٧٩.

[٤] تقدم في ٢٧٣.

[٥] وستأتي هذه المسألة في ص٣١١.

[٦] وقد تقدم الحكم على الحديث ص٢٨٦.

وأمَّا الجواب :عن حديث عمرو بن الشريد فهو ضعيف [1] ،ثمَّ إن ثبت كان محمولاً على التأويل الذي ذكرناه.

وأمَّا الجواب: عن قياسهم على الشَّريك فأنَّه يبطل بالجار المحاذي؛لأنَّه يحاذي البادي على الدَّوام، ولا تثبت له الشُّفْعة.

ثمَّ المعنى في الأصل أن مِلكه غير متميِّز عن ملكه،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّ ملكه متميِّز عن المبيع فلم يثبت فيه حقُّ الشُّفْعة،[2] والله أعلم.

[1] وقد تقدم الحكم على الحديث ص٢٨٧.

[2] كما تقدم ص٢٨٥.

[٣٤] مسـألـة

قال الشَّافعيّ: ((وَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعة بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ الْبَيعُ بِهِ [١])). [٢]

وهذا كما قال.

قد ذكرنا أنَّ الشُّفْعة تثبت للشريك بالبيع [٣] .

فإذا ثبت هذا فإنَّه يأخذ المبيع بالثَّمن الذي وقع به العقد [٤]؛والدليل عليه:

ما روي في حديث جابر: ((**فإن باعه،ولم يؤذنه فهو أحق بالثَّمن**)) [٥] .

ولأنَّه استحقَّ المبيع بالبيع لما ثبت من الشُّفْعة فيه،فوجب أخذه بالثَّمن المذكـور في البيع كالمشتري . [٦]

فإن قيل:إنَّه إذا اضطرَّ إلى طعام الغير وجب على صاحب الطعام أن يدفعه إليـه [٧] ،فإن أخذه من غير عقد فأكل لزمه مثله إن كان له مثل، أو قيمتـه إن لم يكـن قيمة. [٨] [٩]

فالجواب أنَّ الفرق بينهما واضح؛لأنَّا نعتبر في مسألتنا السبب السابق الذي ثبت به لـه حق الشُّفْعة وهو البيع فلزمه أخذه بالثَّمن الذي ذكر فيه ،وليس كذلك الطعام إذا اضطـر

---

[١] في المطبوع (وقع به البيع)ص١٣١.

[٢] مختصر المزني ص١٣١.

[٣] كما تقدم ص٢٨١.

[٤] انظر/ اختلاف العراقيين مطبوع مع الأم ٤/٧،الحاوي ٧/٢٣٥،المهذب ٢/٢١٥،الوجيز ١/٢١٦.

[٥] وهو في صحيح مسلم- كما تقدم في ص ٢٧٤-ولكن بلفظ (لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فـإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع و لم يؤذنه فهو أحق به).

[٦] انظر/ الحاوي ٧/٢٣٥،التهذيب، ص٥١٤.

[٧] انظر/ المهذب ١/٤٥٥،الروضة ٣/٢٨٥.

[٨] كذا في المخطوط والصحيح (مثل).

[٩] وهو المذهب وفي وجه لايلزم المضطر شيء كما يأكل الميتة بلا شيء.
انظر/ الروضة ٣/٢٨٦.

إليه؛فإنَّه لا يأخذه بسبب سابق ،وإنَّما يأخذه بسبب موجود في الحال وهو الاضطرار إليه ؛فلهذا لزمه مثله إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل.

فأمَّا إذا لم يكن له مثل أن يشتريه [1] بثوب أو بهيمة أو غيرهما كان له أخذ الشُّفْعة بقيمة الثَّمن [2] ؛لأنَّ المثل قد تعذر فوجب الرجوع إلى قيمته،هذا إذا كان الثَّمن الذي وقع العقد به بحاله.

فأمَّا إذا غيَّره المتعاقدان لم يخلُ من أحد أمرين:-

إمَّا أن يكون التغيير قبل استقرار البيع بالتخاير [3] وانقطاع الخيار بعد استقرار.[4]

فإن كان ذلك قبل استقراره :فإنَّه يلحق العقد ويلزم الشَّفيع أن يأخذه بالمقدار الذي يقررا عليه ،فإن كانا نقصاه ثبت ذلك النقصان في حق الشَّفيع وأخذه بما بقي،وإن كانا زادا ثبتت الزيادة في حقِّ الشَّفيع أيضاً، ولزمه الأخذ بجميعه [5] ؛لأنَّ حالة الخيار بمترلة العقد ،ولو نقصا أو زادا في حال العقد لزم ذلك في حقِّ الشَّفيع، فكذلك هذا.

وأمَّا إذا كان بعد استقرار العقد :فإن كانا زادا في الثَّمن لم تثبت الزيادة بحال، و لم تلحق العقد،وإن نقصا كان ذلك إبراءً للمشتري عن بعض الثَّمن فتثبت في حقّه دون الشَّفيع ويلزمه أن يأخذ/ الشِّقص [6] بالمقدار الذي استقر به العقد.[7]

٥/أ/٢٥٩

---

[1] كذا في المخطوط ولعل الصواب(كأن يشتريه).

[2] انظر/ التنبيه ص١١٧،الوسيط ٨٢/٤،فتح العزيز ٥٠٧/٥،الروضة ٨٦/٥-٨٧،نهاية المحتاج ٢٠٥/٥.

[3] هو أن يقول أحدهما للآخر اختر إمضاء البيع ،أو فسخه ،فيقول اخترت إمضاءه ،أو فسخه ،فينقطع الخيار .المهذب٤/٢.

[4] وهذا الأمر الثَّاني،ولعل صواب العبارة (بعد استقراره).

[5] وهو أصح الوجهين ،وفي وجه أن الزيادة والنقصان لا تلحق الشَّفيع ،ومن الشَّافعيّة من قال: إنَّ الوجهين مخرجان على قولي الملك ،فإذا قلنا :إنَّه للمشتري فلا يلحق، وإذا قلنا للبائع فيلحق.
انظر/الوجيز ٢١٨/١، الإبانة للفوراني ل/١٦٢، فتح العزيز ٥١٣/٥، البيان ١٢٠/٧،الروضة ٩٠/٥،فتح الجواد ٥٦٧/١

[6] الشِّقص بكسر المعجمة :اسم للقطعة من الشيء .انظر/ مغني المحتاج ٢٩٩/٢.

[7] انظر/ المرجعين السابقين.

وقال أبو حنيفة: إن زاد قبل استقرار العقد بمثل قولنا.

وإن كان ذلك بعد استقراره ثبتت الزيادة ولحقت بالعقد ،ولم تثبت في حقِّ الشَّفيع،وإن نقصا لحق النقصان بالعقد وثبت في حقِّ الشَّفيع. [1]

واحتجَّ من نصره:

بأنَّه حطٌّ لبعض الثَّمن، فوجب أن يلحق بالعقد، وقد ثبت في حقِّ الشَّفيع ؛[2] الدليل عليه إذا كان ذلك في مدَّة الخيار.

ودليلنا:

أنَّه تغيرَّ الثَّمن بعد استقرار العقد، فوجب أن لا تثبت في حقِّ الشَّفيع؛ الدليل عليه الزيادة فيه.[3]

فإن قيل: المعنى في الزيادة أنَّ في إثباتها إضراراً بالشَّفيع ،فلم تثبت ،وليس كذلك في الحطِّ والنقصان؛لأنَّه منفعة له ،فوجب أن تثبت في حقِّه.[4]

فالجواب: أنَّ ما يحدث في هذه الحالة لو كان يثبت في حقِّ الشَّفيع لم يكن فرق بين أن يكون زيادة أو نقصاناً؛ ألا ترى أنَّ الزيادة والنقصان قبل استقرار العقد يثبتان في حقِّ الشَّفيع .[5]

فإن قيل: المعنى في حال العقد أنَّ حقَّ الشَّفيع بعد ما ثبت بمقدار يأخذه به ؛فلهذا كان لهما الزيادة في المقدار والنقصان منه،وليس كذلك بعد استقرار العقد؛ فإنَّ حقَّه قد وجب له بالمقدار المسمَّى الذي استقرَّ به العقد ،فلم يكن لهما الزيادة عليه.[6]

---

(1) انظر/ المبسوط ١٤/١٠٧-١٠٨.بدائع الصنائع ٤/١٣١-١٣٢،الهداية شرح البداية مع شرحها تكملة شرح فتح القدير ٩/٣٩٣.

(2) انظر/ الهداية ٩/٣٩٣،بدائع الصنائع ٤/١٣١-١٣٢.

(3) انظر/ البيان ٧/١٢٠

(4) انظر/ الهداية ٩/٣٩٤،بدائع الصنائع ٤/١٣٢.

(5) كما تقدم في ص٢٩٦.

(6) ونحوه في المبسوط١٤/١٠٨.

قلنا:الثَّمن عندكم يكون مراعى، فإذا أحدثا بعد الاستقرار زيادة أو نقصاناً لحق بـــالعقد، وصار كأنَّه ذكر فيه حال عقده [1] ،فإذا كان كذلك وجب أن لا يكون فرق بين الزيـادة حال العقد وبين الزيادة بعد الاستقرار على مذهبكم.

وقوله: (إنَّ في الزيادة إضراراً بالشَّفيع)فليس بصحيح؛لأنَّ الإضرار به لا اعتبار بـــه؛ ألا ترى أنَّ المشتري لو اشترى شقصاً بألف وهو يساوي مائة وجب على الشَّفيع وزن الألف إن أراد الشِّقص؟؛فدلَّ على أنَّ الإضرار به غير معتبر،ويدلُّ على ذلك أيضاً أنَّه حطٌّ بعـــد استقرار البيع ،فوجب أن لا يثبت في حق الشَّفيع ،كحطّ جميع الثَّمن.[2]

فإن قيل:إنَّما لم يثبت حطُّ الجميع في حق الشَّفيع؛لأنَّه يؤدِّي إلى إســـــقاط حقّـــه مـــن الشُّفْعة؛لأنَّ العقد يُعَرَّى عن الثَّمن فيحصل للمشتري بغير عوض بدله، والشَّفيع لا يمكنــه الأخذ إلا بعوض؛فلهذا لم يثبت في حقِّه، وليس كذلك إذا حطَّ البعض؛لأنَّه لا يـؤدِّي إلى إسقاط حقِّه من الشُّفْعة؛لأنَّه يأخذه بالعوض الذي بقي.[3]

فالجواب :أنَّ ذلك وإن كان يؤدِّي إلى إسقاط حقِّه فلا بأس أن يثبت في حقِّه، وما المعـنى المانع من ذلك؟وهذه دعوى مجرَّدة لا حجَّة عليها./

٥/ل/٦٠

وأمَّا الجواب عن قياسهم على العقد فهو أنَّ المعنى فيه أنَّ الزيادة فيها ثبتت في حق الشَّفيع فيثبت النقصان فيها في حقِّه،وليس كذلك في مسألتنا [4] ؛لأنَّ الزيادة لا تثبت في حقِّـه في هذه الحالة [5] ،فلم يثبت النقصان أيضاً فيها.

---

[1] وجعلوا الزيادة على الثَّمن بعد استقرار العقد في حق الشَّفيع هبة مبتدأة.
انظر/ بدائع الصنائع ١٣١/٤،شرح العناية على الهداية ١٩٤/٩.

[2] عند الحنفية لو حط جميع الثَّمن ،فأنَّه يلزم الشَّفيع أن يأخذه بجميع الثَّمن ولا يسقط عنه شيء ؛لأنَّه حط كلّ الثَّمن لا يلتحق بأصل العقد ،لأنَّه لو التحق لبطل البيع ؛لأنَّه يكون بيع بلا ثَمَن .
انظر/ المبسوط ١٠٧/١٤-١٠٨، بدائع الصنائع ١٣٢/٤.
-وعند الشَّافعيّة لا شفعة للشريك ؛لأنَّه بيع بلا ثَمَن فيصير هبة على رأي ،ويبطل على رأي .
انظر/ البيان ١٢٠/٧-١٢١،الروضة ٩٠/٥.

[3] انظر/ المبسوط ١٠٨/١٤،الهداية مع شرحها ٣٩٤/٩..

[4] وهي الزيادة .

[5] كما تقدم في رأس المسألة .

[٣٥] مســألــة

قال: ((فَإِنْ عِلَم وَطَلَبَ [١] مَكَانَهُ فَهِيَ لَهُ،وَأنْ أَمْكَنَهُ فَلَمْ يَطْلُبْ بَطُلَتْ شُفْعَتُهُ لَمَا [٢] عَلِمَ فَأَخَّرَ الطَّلَبَ،فَإِنْ كَانَ لَهُ عُذْرٌ مِنْ حَبْسٍ أَوْ غَيْرِهِ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ وَإِلَّا فَلا شُفْعَةَ لَهُ ،وَلا يَقْطَعُهَا طُولَ غَيْبَتِهِ،وَإِنَّمَا يَقْطَعُهَا أَنْ يَعْلَمَ فَيَتْرُكَ)). [٣]

وهذا كما قال.

إذا ثبتت الشُّفْعة للشفيع و لم يعلم بذلك، مثل أن يكتم عنه البيع،أو يكون غائباً فلا يبلغه ،فإن الشُّفْعة ثابتة له،ولا تبطل [٤] ؛لأنَّه خيار ثابت لإزالة الضَّرر عن المال،فوجب أن لا يبطل بتراخي الزمان قبل العلم به ،قياساً على خيار الرَّدّ بالعيب. [٥]

إذا ثبت أنَّ الخيار ثابت له،وإن طالت المدة، فإذا علم ذلك أو علم ثبوتها حال العقد كان له المطالبة بالشُّفْعة على حسب ما جرت به العادة،فإن لم يكن له شغل وكان في النهار مضى في طلبها،وإن كان بالليل فله أن يتوقَّف حتى يصبح ويصلِّي،ثمَّ يمضي في طلبها،وإن كان نهاراً وهو يأكل فحتى يفرغ من الطعام،وينظف يده،وإن كان في الحمام فحتى يخرج،وإن كان في الصلاة فحتى يفرغ منها ومن سننها،وإن كان بعد ما صلَّى فحتى يؤذِّن ويقيم ويصلِّي ويتنفَّل إن أراد،وكذلك ما عدا هذه الأشغال من غيرها، وإنَّما كان كذلك؛لأنَّ المسلمين أجمعوا على أنَّه إذا أمكنه أن يركب ويمضي في الطلب ويحرك دابته،أو يعدو بنفسه إذا كان ماشياً لم يلزمه ذلك مع تمكنه منه على

---

[١] في المطبوع (فطلب)ص١٣١.

[٢] في المطبوع (فإن علم)ص١٣١.

[٣] مختصر المزني ص١٣١.

[٤] انظر/ الأم٤/٣،الإشراف ١/٢٠٥،المهذب ٢/٢١٨،الحاوي ٧/٢٤٠،حلية العلماء ٥/٢٨٣.
وهو قول الشَّافعيّ في الجديد ،وسيذكر المصنف الأقوال الأخرى .

[٥] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٠،التهذيب، ص ٥٢١،نهاية المحتاج ٥/٢١٥.

أن له الطلب على حسب ما جرت بـــه العـــادة في المضـــي في الحوائـــج ووجـــوه التصرف.[1]

إذا ثبت هذا فإنَّه يمضي إلى المشتري فيسلِّم عليه،ويبدأ بالسلام قبل الكلام؛لأنَّه مـــن السُّنة ،ثمَّ يطالب بالشُّفْعة [2] ؛لأنَّ النَّبيﷺ **قال:** ((**من بدأ بالكلام قبل السلام فـــلا تجيبوه**)) [3] ،ولأنَّ اشتغاله بالسلام لا يبطل حقَّه من الشُّفْعة لما ذكرنا.

وأنَّ الطلب على حسب ما جرت به العادة،وما جرت العادة فيمن طلب حقّاً قِبَـــل رجلٍ أن يفاجئه،ولكن يسلِّم عليه ثمَّ يطالبه بحقِّه .

فإن اشتغل بعد السلام بحديث غير المطالبة فقد أخرَّ المطالبة في موضعها، مع الإمكـــان على ما جرت به العادة. [4]

وليس عليه أن يمضي إلى الحاكم ؛[5] لأنَّ حقَّ الشُّفْعة ثـــابت بنـــصِّ السُّـنَّة والإجماع [6] ،وما ثبت بالنَّصِّ أو الإجماع فليس من شرطه رفعـــه إلى الحـــاكم [7]

---

[1] فمآل ذلك العرف والعادة فما يعد تقصيراً في الطلب أسقط الشُّفْعة ،ومالا يعد تقصيراً لايسقطها .
انظر/ البيان ١٣٣/٧،فتح العزيز ٢٣٩/٥،الروضة ١٠٧/٥،نهاية المحتاج ٢١٦/٥.

[2] انظر/ الحاوي ٢٤٠/٧،المهذب٢١٨/٢،البيان ١٣٣/٧.

[3] رواه بهذا اللفظ الطبراني في المعجم الأوسط عن ابن عمر ١٣٦/١.
والهيثمي في مجمع الزوائد٣٢/٨،قال (وفيه هارون بن محمد أبو الطيب وهو كذاب)
وأخرجه الترمذي عن جابر بن عبد الله بلفظ ((السلام قبل الكلام)) في كتاب الاستئذان ،باب ما جـاء في السلام قبل الكلام ٥٩/٥،برقم(٢٦٩٩) .وقال (وهذا حديـــث منكـــر ،لا نعرفـــه إلا مـــن هـــذا الوجه)٥٩/٥،قال ابن الجوزي (هذا حديث لايصح)العلل المتناهية ٧٢٠/٢.
قال ابن حجر في التلخيص (وذكره ابن عدي في ترجمة حفص بن عمرو الأيلي،وهو متروك بلفظ السـلام قبل السؤال من بدأكم بالسؤال قبل السلام فلا تجيبوه)١٠٦/٣.

[4] فتبطل الشُّفْعة .انظر/ الحاوي ٢٣٩/٧،التهذيب ص٥٢٢.

[5] انظر/ الحاوي ٢٣٩/٧،المهذب٢٢٢/٢،مغني المحتاج٣٠٠/٢

[6] كما تقدم في ص٢٧٦.

[7] انظر/ الحاوي ٢٣٩/٧،المهذب٢٢٢/٢،مغني المحتاج٣٠٠/٢.

ه

/،كما قلنا في مدة الإيلاء [١] وخيار الرَّدِّ بالعيب [٢] وخيار المعتَقة تحت العبـــد [٣] ،وبهذا فارق مدة العُنَّة؛ [٤] لأنَّها مختلف فيها [٥] ،فلم يكن بدٌّ من رفـــع ذلـــك إلى الحاكم[٦] .

إذا ثبت هذا، فإذا طالبه بالشُّفْعة وسلَّم إليه المبيع فذاك،وإن امتنع من تسليمه إليه رفعه إلى الحاكم [٧] ؛لأنَّ الحاكم نُصِب لاستيفاء الحقوق لأهلها ،إذا امتنع من هي عليه من إيفائها [٨] .

هذا إذا علم فطلب عقيب العلم.

فأمَّا إذا أخرَّ الطلب بعد العلم والإمكان لم يخل من أحد أمرين:

---

[١] الإيلاء :هو الحلف على الامتناع عن وطء الزَّوجة مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر .
انظر/ مغني المحتاج٣/٣٤٣.
وذلك أنَّ مدة التربص بالإيلاء ثابتة بنص قوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [البقرة:٢٢٦]
وانظر/ المهذب٢/٥٧-٥٨ ،مغني المحتاج ٣/٣٤٣-٣٤٤.

[٢] انظر/ الروضة ٣/٤٧٨.

[٣] وهو ثابت بالإجماع نقله عن ابن المنذر وابن عبد البر ابن قدامه في المغني ١٠/٦٨.
وانظر/ المهذب ٢/٤٥٤،الروضة ٥/١٦١

[٤] العُنَّة /بضم العين وتشديد النون ،والرجل عِنين بكسر العين والنون ،وهو فعيل بمعنى مفعول، مثل جريح ،والاسم منه العنة،وعنَّ الرجل عن امرأته إذا حكم عليه القاضي بذلك ،أو منع عنها بالسحر ، مشتق من عنَّ الشيء إذا اعترض كأنَّه يعترض عن يمين الفرج ويساره ولايصيبه ،وقيل مشتق من العنان شبه به في لينه ورخاوته .انظر/ النظم المستعذب ٢/٤٥٠،.تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢/٤٨.
وفي الاصطلاح :هو العاجز عن الوطء في القبل .السراج الوهاج ص ٣٨٣.

[٥] فذهب جمهور العلماء أنَّه يؤجل سنة .
ويروى عن الحارث بن ربيعة أنَّه أجل رجلاً عشرة أشهر .
انظر/ البحر الرائق ٤/١٣٤-١٣٥،القوانين الفقهية ص١٤٣،المهذب٢/٤٥١،المغني ١٠/٨٣.

[٦] انظر/ المهذب ٢/٤٥١،مغني المحتاج٢/٣/٢٠٥.

[٧] انظر/ الروضة ٥/٨٤،نهاية المحتاج ٥/٢٠٣-٢٠٤،فتح المنان ص٢٩٣

[٨] انظر المراجع السابقة.

إمَّا أن يكون له عذر،أو لا عذر له.

فإن لم يكن له عذر فهل يكون هذا الخيار على الفور- فيبطل إذا أخر الطلب عن أول حال الإمكان -أم لا ؟

نصَّ الشَّافعيّ في كتبه الجديدة [1] على أنَّ خيار الشُّفْعة على الفور [2]،وإذا أخرَّ مع الإمكان بطل [3].

وذكر في القديم أنَّه على التراخي حتى يعفو، أو يوجد منه ما يستدلُّ به على تَرْك الشُّفْعة ،مثل أن يقول:بعني هذا الشِّقص،أو طالبه بالعمارة، أو ما أشبه ذلك،وللمشتري إذا أخَّر الشَّفيع المطالبة،ولم يصرِّح بالعفو، ولم يوجد منه ما يستدلُّ به على سقوط حقِّه أن يرفعه إلى الحاكم، ويطالبه باختيار أحد الأمرين، إمَّا بالأخذ حتى يزول تعلّق قلبه؛لأنَّه لا يدري على أيٍّ شيء يحصل،وأن يصرح بالعفو.[4]

وذكر في القديم قولاً آخر :أنَّه على التراخي ما لم يعف،أو يوجد منه ما يستدلُّ به على العفو،قال:وليس للمشتري مطالبته باختيار الأمرين ورفعه للحاكم.

وذكر في السير قولاً آخر رابعاً [5] أنَّه بالخيار ثلاثة أيام،فإذا لم يأخذ بالشُّفْعة في مُدَّة الثلاث بطلت.[6]

فحصل في المسألة أربعة أقاويل:

أحدها: على الفور،وهو مذهب أبي حنيفة.[7]

---

(1) وهي ما قالها بمصر إفتاء وتصنيفاً وهي كتاب الأم،والإملاء،والبويطي ،ومختصر المزني،فالجديد هو المذهب عند الشافعية وعليه العمل والفتوى.انظر/ المذهب الشافعية ص٦٥.

(2) المراد بكونها على الفور هو طلبها وإن تأخر التملك .مغني المحتاج ٣٠٧/٢.

(3) انظر/ الأم ٣/٤،اختلاف العراقيين مطبوع مع الأم ٧/٤، الإشراف لابن المنذر ٥٢/١،الحاوي ٢٤٠/٧، حلية العلماء ٢٨٣/٥،البيان١٣٢/٧.

(4) انظر/ المهذب ٢١٧/٢،التهذيب ص٥٢٢،حلية العلماء ٢٨٥/٥،البيان ١٣٢/٧.

(5) نص عليه في سير حرملة .انظر/ المهذب ٢١٧/٢،البيان ١٣٢/٧.

(6) انظر/ المرجعين السابقين ،و فتح العزيز ٥٣٨/٥،الروضة ١٠٧/٥،رحمة الأمة ص٣٣٥.

(7) انظر/ تكملة فتح القدير ٣٨٢/٩،حاشية ابن عابدين ١٤٢/٥-١٤٣.

والثَّاني:على التراخي حتى يعفو أو يوجد منه ما يستدل به على العفو،وله رفعه إلى الحاكم.

والثَّالث:على التراخي على ما ذكرنا وليس له رفعه.

والرابع:إلى ثلاثة أيام، [1] والله أعلم

وأمَّا توجيه الأقاويل التي ذكرناها .

فإذا قلنا: إنَّه على التراخي فوجهه:

قوله عليه السلام: ((**فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به بالثَّمن**)) [2] ،وأطلق و لم يذكر وقت الاستحقاق: فدلَّ أنَّه على التراخي.[3]

ولأنَّه خيار لا ضرر على المستحق عليه في تأخيره، فوجب أن يكون على التراخي؛الدليل عليه خيار القصاص؛لأنَّ للوليِّ أن يؤخِّر ذلك وإن تراخى الزمان.[4]

ولأنَّ له في ذلك منفعة؛لأنَّ ما يحصل من النَّماء ويتميَّز قبل الأخذ يكون له دون الشَّفيع.

ولأنَّا إنَّما أثبتنا الخيار للشفيع؛لإزالة الضَّرر الذي نتوقَّعه من الداخل عليه، ولا يجوز أن نزيله بإدخال الضَّرر على غيره.[5]

ولو قلنا:ليس له رفعه إلى الحاكم ومطالبته بفصل الأمر كان في ذلك ضرر /عليه؛لأنَّه متعلّق القلب لم يطمئن، و لم يسكن نفسه إلى عمارة ما اشترى والتصرف فيه،وإن عمَّر والعادة أنَّ نفقة العمارة أكثر من ثمن المعمور ،فإذا أخذ الشَّفيع الشِّقص أخذ

---

[1] وقد تقدم توثيق هذه الأقوال في بداية المسألة ص٢٩٩.

[2] تقدم تخريجه ص ٢٧٤.

[3] انظر/ الحاوي ٢٤١/٧،البيان ١٣١/٧.

[4] انظر/ الحاوي ٢٤١/٧،المهذب ٢١٧/٢،فتح العزيز ٥٣٩/٥.

[5] انظر/ الحاوي ٢٤١/٧.

عمارته بقيمتها وقت الأخذ ،فربَّما أخذه بدون ما أنفق عليه، أو بمثله ،ويذهب تعبه ضياعاً.[1]

وإذا قلنا:على التراخي وليس له مرافعته ؛فالدليل عليه ما ذكرنا.

والدليل على أنّه ليس له مرافعته أنّه لا ضرر عليه في ذلك؛لأنَّ ما يبنيه ويحدثه ويعمره يؤخذ منه بقيمته وقت الأخذ،وقد يكون أكثر من مؤونتها ونفقتها على حسب اختلاف الأوقات،وإذا لم يكن عليه ضرر في ذلك لم يكن له مرافعته إلى الحاكم.[2]

وإذا قلنا: إنَّه إلى ثلاثة أيام، فهو أنّه لا يمكن أن يجعل على التراخي أبداً؛لأنَّ فيه ضرراً على المشتري؛ [3] لأنَّه يتعلَّق قلبه ولا تسكن نفسه إلى العمارة،وإن عمَّر أخذت منه العمارة بقيمتها وقت الأخذ، وربما كان أقلَّ مما أنفق عليها ،وربما كان غير ماله أحبَّ إليه من قيمته ،فعليه ضرر في التراخي على هذا.

ولا يمكن أن يجعل أيضاً على الفور؛لأنَّ في ذلك ضرراً على الشَّفيع؛لأنَّه يحتاج إلى تفكر [4] ،وينظر هل الأخذ أحظ له أو الترك ؟.ولا يمكن ذلك إلا بتراخي المدة.

فإذا كان على الفور يضر بأحدهما،والتراخي على التأبيد يضر بالآخر جعل له الخيار إلى ثلاثة أيام [5] ؛لأنَّها آخر حدَّ القليل وما بعدها أول حدَّ الكثير؛ [6]ولهذا جعل زمان الخيار المشروط ثلاثة أيام. [7]

وإذا قلنا :على الفور فوجهه:

ما رُوي عن النَّبيﷺ قال: ((**الشُّفْعة لمن واثبها**)).[8]

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢١٧،البيان ٧/١٣٢.

[2] انظر/ المهذب٢/٢١٧.

[3] انظر/ الحاوي ٧/٢٤١،فتح العزيز ٥/٥٣٨،غنية الفقيه ص٣٠٧.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٢،المهذب٢/٢١٨،البيان ٧/١٣٢.

[5] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٢،التهذيب ص٥٢٢،البيان ٧/١٣٢،فتح العزيز ٥/٥٣٨.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٢،التهذيب ص٥٢٢،فتح العزيز ٥/٥٣٨.

[7] انظر/ المهذب ٢/٥،الوسيط٣/٧٤.

[8] أخرجه عبد الرزاق عن شريح قال(إنَّما الشُّفْعة لمن واثبها)قال عبد الرزاق وهو قول معمر ٨/٨٣.

وعنه عليه السلام قال: ((**الشُّفْعة كنشط** [(١)] **العقال ،إن قيدت ثبتت،وإن تركت فاللوم على من تركها))** [(٢)] .وهذا يدلُّ على أنَّها على الفور.

ولأنَّه خيار ثابت لإزالة الضَّرر عن المَّال،فوجب أن يكون على الفور كخيار الرَّد بالعيب.[(٣)]

ولأنَّه إنَّما ثبتت للشفيع لإزالة الضَّرر عنه، ولا يجوز أن يزال الضَّرر عنه بإدخال الضَّرر على المشتري؛لأنَّ في تراخي المُدَّة للخيار ضرراً على المشتري فجعل ذلك على الفور .[(٤)]

=

قال ابن حزم عن هذا الحديث(إن بعض المموهين نزع بقول مكذوب موضوع مضاف للنبي ﷺ ..)المحلى٩/ ٩١.

قال ابن حجر (ذكره القاضي أبو الطيب ،وابن الصباغ ،والماوردي هكذا بلا إسناد) تلخيص الحبير ٣/ ٥٧.

انظر/ الدراية في تخريج أحاديث البداية٢/ ٢٠٣وقال الزيلعي في نصب الراية (غريب)٤/ ١٧٦).

(١)نَشَطَ الأُنْشُوطَةَ يَنْشُطُها نَشْطاً و نَشَّطها: عَقدها وشدَّها، و أَنْشَطَها حلَّها. و نَشَطْت العَقْد إذا عقدته بأُنشوطة. و أَنشطَ العِقال: مَدَّ أُنشوطته فانحلَّ،الأُنْشُوطَةُ: عُقْدة يَسْهُل انحلالها مثل عقدة التِّكة. يقال: ما عِقالُك بأُنْشوطةٍ أي ما مَوَدَّتُك بوَاهِية. لسان العرب ٧/ ٤١٣.

(٢)أخرجه ابن ماجة في كتاب الشُّفْعة باب طلب الشُّفْعة عن ابن عمر بلفظ(الشفعة كحل العقال) ٢/ ٨٣٥،برقم(٢٥٠٠) .

والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشُّفْعة ،باب ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشُّفْعة كلفظ ابن ماجة ٦/ ١٠٨.

وقال ابن أبي حاتم ،قال أبو زرعة (هذا حديث منكر و لم يقرأ علينا في كتاب الشُّفْعة وضربنا عليه) العلل لابن أبي حاتم ١/ ٤٧٩.

وقال ابن حزم كقوله السابق في حديث ((الشُّفْعة لمن واثبها) ،وقال عنه الألباني في الإرواء (حديث ضعيف جداً) ٥/ ٣٧٩،و انظر/ تلخيص الحبير ٣/ ٥٧،ونصب الراية ٤/ ١٧٦.

(٣)انظر/ البيان ٧/ ١٣٣،نهاية المحتاج ٥/ ٢١٥،مغني المحتاج٢/ ٣٠٧.

(٤)انظر/ الحاوي ٧/ ٢٤٠،البيان ٧/ ١٣٣.

فأمَّا الجواب عن الخبر [1] فهو أنّا قائلون به،ويكون الشَّفيع أحقُّ به بالثَّمن لكن في الحال؛ بدليل ما ذكرنا.[2]

وأمَّا الجواب عن قياسهم على خيار القصاص فهو: أنَّه يبطل بخيار الرد بالعيب.[3]

لأنَّه لا ضرر على المستحقِّ عليه فيه،ومع هذا لا يكون على التراخي.

ثمَّ المعنى في خيار القصاص أنَّه لا ضرر عليه في تأخيره وله فيه شفعة،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّ على المشتري ضرراً في تأخيره لما يحصل من تعلق قلبه به.

ولأنَّه لا يدري أيَّ الأمرين [4] يحصل له فلا تطيب نفسه بالبناء [5] ،وإذا أُخِذَ منه ربما كانت قيمته أقلَّ من نفقته،وربما كانت حاجته إلى عين ماله أشدَّ.

وأمَّا الجواب /عن قولهم :إنَّ في الفور ضرراً على أحدهما،وفي التراخي ضرر على الآخر فهو أنَّه يبطل بخيار الرِّد بالعيب؛لأنَّه يحتاج إلى تفكر في ذلك،وينظر أي الأمرَين أحظُّ له،ومع ذلك يجعل على التراخي إلى مُدَّة.

٥/ل/٢٦١ر

---

[1] وهو قوله ﷺ (فإن باعه و لم يؤذنه فهو أحق به من غيره).

[2] وقد تقدمت الأدلة في أنَّه على الفور ص٣٠٥.

[3] انظر/ البيان ١٣٣/٧.

[4] أي هل يأخذ الشَّفيع بالشُّفْعة أو يترك؟.

[5] كما تقدم ص ٣٠٣.

فصل

إذا ثبت ما ذكرناه فمتى أخذ الشَّفيع الشِّقص بالشُّفْعة أو تركه وعفا عنه،فهل يثبت له خيار المجلس في ذلك حتى يكون له الرجوع عمَّا فعل من عفوٍ و أخذٍ ما لم يفارق المجلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك [(١)] كما قلنا في البيع؛ [(٢)] لأنَّه يأخذ الشِّقص فجرى مجراه.

والثَّاني: ليس له ذلك [(٣)] ؛لأنَّه ليس بمعاوضة تجري بينهما،وإنَّما هو حقٌّ ثبت له عليه،فإن عفا فقد أسقطه،وإن أخذ فقد أخذ حقَّه،وإنَّما ثبت الخيار في عقود المعاوضات.

هذا كلُّه إذا لم يكن له عذر.

فأمَّا إذا كان للشفيع عذر لم يخل من ثلاثة أحوال:

إمَّا أن يكون عذر المرض أو حبس أو غيبة.[(٤)]

فإن كان المرض نظر :

فإن كان مرضاً خفيفاً لا يمنعه من الحضور والطلب كالصداع ونحوه،فحكمه حكم الصحيح على ما فصَّلناه.[(٥)]

وإن كان مرضاً ثقيلاً يعجزه عن الطلب بنفسه نظر :

فإن أمكنه أن يوكِّل في ذلك،وكَّل فيه؛ لأنَّ وكيله قائم مقامه.

---

(١) انظر/ الحاوي ٧/٢٤١،المهذب٢/٢٢٢.

-قال الرافعي ((و الأظهر الثبوت وعليه فيمتد إلى مفارقة المجلس،وهل ينقطع إذا فارق المشتري المجلس وجهان))أي ثبوت خيار المجلس للشفيع فتح العزيز ٥/٥٠٦.

(٢) انظر/ المهذب٢/٢٢٢.

(٣) وهذا الوجه صححه الأكثر كما ذكره النووي في الروضة٥/٨٥.

انظر/ الحاوي ٧/٢٤١،التنبيه ص١١٨.

(٤) انظر/ البيان ٧/١٣٦.

(٥) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٦٦، البيان ٧/١٣٦،مغني المحتاج ٢/٣٠٧.

فإن وكّل ومضى الوكيل فهو على الشُّفْعة.[1]

وإن لم يوكّل مع تمكُّنه من ذلك،فالمذهب أنّ شفعته تبطل [2] ؛لأنّ وكيله قائم مقامه،فإذا لم يوكّل مع تمكُّنه من ذلك فهو كما لو لم يطلب مع تمكُّنه بنفسه .[3]

ومن أصحابنا[4] من ذكر فيه وجهاً آخر أنّه لا تبطل شفعته بذلك ؛لأنّ له غرضاً في تأخير ذلك ليطلبه بنفسه؛لأنّه ربّما كان أقوم بذلك وألحن بالحجّة من الوكيل،وربما أطمع المشتري الوكيل في شيء أو دلّس عليه فأسقط الشُّفْعة.[5]

وعند أبي حنيفة أنّ إقرار الوكيل مقبول على موكّله [6] ،فلما كان له في ذلك غرضٌ لم تبطل شفعته.

فأمّا إذا كان محبوساً لم يخل من أحد أمرين:

إمّا أن يكون محبوساً بحقٍّ ،أو بغير حقٍّ.

فإن كان بغير حقٍّ: فالحكم فيه على ما ذكرنا في المريض في تمكُّنه من نفسه ،أو عجزه وتمكُّنه من الوكيل [7] أو عجزه .[8]

---

[1] انظر/ الأم٤/٣، الحاوي ٢٤٢/٧،المهذب ٢١٨/٢،البيان ١٣٦/٧.

[2] وهو قول أبي حامد المروزي .

انظر/ الحاوي ٢٤٢/٧،البيان ١٣٦/٧،فتح العزيز ٥٣٩/٥،الروضة ١٠٧/٥.

[3] انظر/ فتح العزيز ٥٣٩/٥،مغني المحتاج ٣٠٧/٢.

[4] وهو قول أبي علي الطبري .

انظر/ الحاوي ٢٤٢/٧،المهذب ٢١٨/٢،البيان ١٣٦/٧،المنهاج مع مغني المحتاج ٣٠٨/٢.

وهناك وجه ثالث أن من وجد من يتطوع بالوكالة بغير بعوض فلم يوكل سقطت شفعته ،وإن لم يجد من يتوكل عنه إلا بعوض لم تسقط .ذكره أبو إسحاق الشيرازي والعمراني .

وذكر الرافعي والنووي أن الوجه الثّالث أنّه إذا لم يلحقه في التوكيل منّة ولا مؤونة ثقيلة بطلت وإلا فلا .

انظر/ المهذب٢١٨/٢،البيان ١٣٦/٧،فتح العزيز ٥٣٩/٥،الروضة ١٠٧/٥.

[5] انظر/ البيان ١٣٦/٧.

[6] انظر/ المبسوط ١٠٦/١٩،مختصر الطحاوي ص١٠٩-١١٠.

[7] كذا في المخطوط ولعل الصواب (التوكيل).

[8] كما تقدم في ص٣٠٧.

وإن كان محبوساً بحقٍّ : مثل أن يكون قد حلَّ عليه دين كان عليه مؤجَّلاً ،فطولب به وهو مليء فمطل و لم يقض ،فحبس حتى يقضي فحكمه حكم المطلق؛لأنّه إذا كان الحق واجباً عليه ويمكنه قضاؤه ولا يقضي ويعرِّض نفسه للحبس فهو كما لو حبس نفسه وقعد في بيته،فإذا أخّر و لم يطلب بطلت شفعته.[1]

وأمَّا إذا كان غائباً فإن/ أمكنه المسير وكان الطريق آمناً واتَّفقت رفقة سار في الطلب.[2]

وإن لم يمكنه المسير بنفسه وكّل في الطلب [3] ،وإن لم يوكل مع تمكُّنه من التوكيل،فهل تبطل شفعته أم لا؟.

على ما ذكرنا في المريض،فالمذهب أنّه تبطل شفعته، ومن أصحابنا من قال: لا تبطل.[4]

فأمَّا إذا لم يمكنه المسير،و لم يمكنه التوكيل فهو على شفعته.[5]

إذا ثبت هذا فكلُّ موضع جعلناه معذوراً أو كان غائباً،وسار بنفسه فهل يحتاج إلى أن يُشْهد على نفسه بأنّه على الطلب أم لا؟.

فيه وجهان:[6]

---

[1] انظر/ التهذيب ص ٥٢٣،البيان ١٣٧/٧،فتح العزيز ٥٣٩/٥،الروضة ١٠٧/٥.

[2] انظر/ اختلاف العراقيين ٧/٤،الإشراف لابن المنذر ٤٥/١،التنبيه ص١١٧.

[3] انظر/ البيان ١٣٧/٧،فتح العزيز ٥٤٠/٥،الروضة ١٠٨/٥.

[4] كما تقدم في ص٣٠٧.

[5] إذا أشهد على الطلب في أظهر القولين ،أو أصح الوجهين.
انظر/ البيان ١٣٧/٧،فتح العزيز ٥٤٠/٥،الروضة ١٠٨/٥

[6] أو قولان ،حكاهما الشيخ أبو حامد،وحكاهما الرافعي والنووي قولين أو وجهين ،أظهرهما أو أصحهما إذا لم يمكنه السير بنفسه أو التوكيل وجب الإشهاد ،أما إذا سار بنفسه _كما يدل عليه كلام المصنف هنا _فالأظهر عدم وجوب الإشهاد .قال النووي في الروضة (... فإن لم يشهد ففي بطلان حقّه الخلاف السابق ،وأُجري وجوب الإشهاد إذا سار طالباً في الحال ،والأظهر هنا أنّه لايجب ... كما سبق في الرد بالعيب) الروضة ١٠٨/٥

=

أحدهما: أنَّ الإشهاد شرط في ذلك [1] ؛لأنَّه إذا سار فلا يدلُّ سيره على أنَّه سار للطلب،ويجوز أن يكون سيره لمعنى آخر،وكذلك إذا قعد لعذر_ في غير هذا الموضع_احتمل أن يكون قعوده لعذر،واحتمل أن يكون لأنَّه تَرَكَ الشُّفْعة،وإذا احتمل ذلك لم يكن بُدٌّ من الإشهاد؛حتى يُعلم أنَّه سار للشفعة،أو أنَّه قعد لأجل العذر لا لأنَّه ترك الشُّفْعة.[2]

ومن أصحابنا من قال: ليس بشرط [3] ؛لأنَّه إذا سار فما توانى،وكذلك إن قعد لعذر،وإذا لم يكن منه توانٍ فيه كان الظاهر أنَّ قعوده إذا قعد لأجل العذر، لا لترك الشُّفْعة،فلم يكن الإشهاد شرطاً في ذلك [4] ،والله أعلم.

=
وانظر/ الحاوي ٢٤٢/٧،التنبيه ١١٧، البيان ١٣٧/٧،فتح العزيز ٥٣٩/٥.

[1] فإذا لم يشهد بطلت شفعته على ماتقدم في التعليق السابق.
انظر/البيان ١٣٧/٧،فتح العزيز ٥٤٠/٥،الروضة ١٠٨/٥،مغني المحتاج ٣٠٨/٢.

[2] ونحوه في المهذب٢١٩/٢،البيان ١٣٧/٧.

[3] وهو الأظهر إذا سار في الحال .أي فوراً ،كما يدل عليه كلام المصنف هنا ،وراجع ما تقدم (ص٣٠٩ ت ٦)
وانظر/ المهذب ٢١٩/٢، حلية العلماء ٢٨٨/٥،البيان ١٣٧/٧،فتح العزيز ٥٤٠/٥،الروضة ١٠٨/٥، المنهاج مع مغني المحتاج ٣٠٨/٢.

[4] انظر/ البيان ١٣٧/٧.

فصل

إذا أظهر المتعاقدان أنَّه اشتراه بألف،ثمَّ قامت البيِّنة على أنَّه اشتراه بدون الألف،وكان الشَّفيع قد ترك الطلب لَمَّا سمع أنَّه اشتراه بألفٍ،ثمَّ بان الأمر بخلافه كان له أن يطالب بالشُّفْعة [1] ؛لأنَّ له غرضاً في ترك الشُّفْعة إذا كان الثَّمن ألفاً؛لأنَّه ربما لم يساو ألفاً،وربما لم يكن معه ألف ومعه أقلُّ من ألف،فإن بان له أنَّه بأقلٍّ حصل له الغرض.[2]

وكذلك إذا أظهر أنَّه اشتراه بدنانير،فترك الشُّفْعة ،ثمَّ قامت البيِّنة بأنَّه اشتراه بدراهم كان له المطالبة بالشُّفْعة [3] ؛لما له من الغرض في ذلك وهو أن لا يكون معه دنانير في ذلكِ الوقت،فيتركها لأجل ذلك.[4]

وكذلك إذا أظهر أنَّه اشتراه فلان لنفسه ثمَّ بان له أنَّه كان وكيلاً،كان له طلب الشُّفْعة بعد تركها [5] ؛لأنَّه قد رضي بمشاركة الوكيل،ولا يرضى بمشاركة الموكِّل لما يعلمه من سوء معاملته،وسوء خُلقه.[6]

وكذلك إذا أظهر أنَّه اشترى عشرة أسهم من حصَّة شريكه ،ثمَّ بان أنَّه اشترى أكثر من ذلك كان على شفعته، لما له من الغرض في ذلك [7] ؛لأنَّه قد لا تساوي عشرة

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٥،المهذب ٢/٢١٩،الوجيز ١/٢٢٠،البيان ٧/١٣٩،الروضة ٥/١٠٩

[2] انظر/ المراجع السابقة.

[3] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٥،المهذب، ٢/٢١٩،البيان ٧/١٣٩،فتح العزيز ٥/٥٤١.

-وشذ الإمام عن الأصحاب فقال إذا أخبر بالدراهم أو الدنانير فعفا فبان عكسه و لم يتفاوت القدر عند التقويم بطل حقُّه .الروضة ٥/١١٠.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٥، البيان ٧/١٣٩،فتح العزيز ٥/٢٤١.

[5] انظر/ المهذب ٢/٢١٩،البيان ٧/١٣٩،الروضة ٥/١٠٩-١١٠.

[6] انظر/ المهذب ٢/٢١٩،البيان ٧/١٣٩.

[7] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٥،بحر المذهب ٩/ل ٦٨،غنية الفقيه ص٣١٥.

أسهم ذلك المقدار من الثَّمن وتركها لأجل ذلك،فلمَّا بان أنَّ القدر الـــذي اشـــتراه بذلك الثَّمن أكثر /رغب في الشُّفْعة،وحصل له الغرض.[1]

٥/ل/٢٦٢

وإن بان أنَّه اشتراه بأكثر وكان قد أظهر أنَّه اشتراه بأقلَّ مما قد بان لم يكن له طلـــب الشُّفْعة بعد تركه [2] ؛لأنَّه لا غرض له في ذلك.

وإذا عفا عنها وثمنه ألف كان العفو عنه إذا كان الثَّمن أكثر من ألف أولى.[3]

وعلى هذا :كلَّما أظهرا شيئاً و بان الأمر بخلافه فكان له في ذلك غرض كان علـــى شفعته،ولم يسقط حقُّه منها بتركه وعفوه؛ لما ظهر له.

وإن لم يكن له في ذلك غرض صحيح بطلت شفعته.[4]

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢١٩،البيان ٧/١٣٩.

[2] انظر/ اختلاف العراقيين ٤/٦،الحاوي ٧/٢٤٥،الوجيز ١/٢٢٠،مغني المحتاج ٢/٣٠٨.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢١٩،البيان ٧/١٣٩.

[4] انظر/ الوجيز ١/٢٢٠،نهاية المحتاج ٥/٢١٨.

فصل

إذا باع داراً له بمكَّة،ولقي الشَّفيع المشتري بمصر فلم يطالبه بالشُّفْعة حتى رجعا إلى مكَّة،ثمَّ طالبه بها لم يكن له ذلك،وقد بطلت شفعته؛ بتَرْكِه الطلبَ بمصر مع تمكُّنه من ذلك .[1]

فإن قال:إنَّما تركتُ الطلب لكي أرجع إلى مكة فأطلب والسلم [2] لم ينفعه ذلك؛لأنَّ صحة الطلب والأخذ ليس بموقوف على تسلُّم الشِّقص،وكان من حقِّه أن يطلب الشُّفْعة ،ثمَّ بعد ذلك إذا رجع يستلم الشِّقص [3] .

---

[1] انظر/الحاوي ٢٤٣/٧، البيان ١٣٥/٧،تكملة المجموع ٢٨٣/١٣.

[2] كذا في المخطوط ولعل الصواب (وأستلم)

[3] انظر/ البيان ١٣٥/٧.

[٣٦] مســألــة

قال: ((وَإِنْ [١] اخْتَلَفَا فِي الثَّمنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ)). [٢]

وهذا كما قال.

إذا اختلف الشَّفيع والمشتري في ثمن الشِّقص .

فقال الشَّفيع: اشتريته بألف،وقال المشتري:بل بألفين،و لم يكن لأحد منهما بيِّنة كان القول قول المشتري؛ [٣] لأنَّ الشَّفيع يريد أن ينزع ملك المشتري ببدل يبذله له، فلم يكن له ذلك إلا بالقدر الذي يدَّعيه ويذكره .[٤] [٥] ،كما قلنا: إنَّ المشتري لا يملك المبيع إلا بما يُقرُّ به البائع من الثَّمن.

فإن قيل: فالشَّفيع هو الغارم ،فهلَّا جعلتم القول قوله مع يمينه؟، كما قلتم في الغاصب والمغصوب منه إذا اختلفا في قيمة المغصوب بعد تلفه أنَّ الغاصب يكون القول قوله مع يمينه؛لأنَّه غارم.[٦]

فالجواب:أنَّ الفرق بين الموضعين واضح؛لأنَّ قيمة المغصوب قد وجبت على الغاصب في ذمَّته ،والمغصوب منه يدَّعي عليه تلك الزيادة التي يذكرها في ذمَّته،والأصل براءة ذمَّته منها ،فكان القول قوله،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّ الشَّفيع يريد أن يأخذ الملك الذي هو للمشتري بالقدر الذي يدَّعيه،فلم يكن له ذلك إلا بما يقوله المشتري ،[٧]كما ليس للمشتري أن يأخذ المبيع إلا بما يقوله البائع،وعلى هذا رتبنا القولين في عتق بعض العبد،وهو إذا كان عبد بين شريكين،فأعتق أحدهما نصيبه،وهو

---

[١] في المختصر المطبوع (فإن)ص١٣١.

[٢] مختصر المزني ص١٣١.

[٣] انظر/ التنبيه ص١١٨،الوجيز ٢١٩/١،البيان ١٧٠/٧،الروضة ٩٧/٥.

[٤] المشتري للشقص.

[٥] انظر/ الحاوي ٢٤٦/٧،المهذب ٢٢٣/٢،البيان ١٧٠/٧.

[٦] تقدم في كتاب الغصب ص١٧٠.

[٧] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧١.

موسر ثمَّ اختلفا في قيمة حصَّة الآخر،فإن قلنا:إنَّ العتق قد سرى في الحال [1] ،وعتق نصيب شريكه أيضاً كان/ القول قولَ المعتق [2] ؛لأنَّ القيمة لزمته في ذمته فهو غارم لها [3]،وشريكه يدَّعي عليه في ذمَّته زيادة على ذلك،والأصل براءتها منها.

ه

وإن قلنا:إنَّ العتق ما سرى في الحال ،وإنَّما يسرى بدفع القيمة،فالقول قول شريكه الذي لم يعتق [4]؛لأنَّ الحصَّة باقيةٌ على ملكه وإنَّما يريد المعتق أن يزيل ملكه عنها ببذل بدله له ،فلم يكن له ذلك إلا بما يقوله ،كما ليس للمشتري أخذُ المبيع إلا بما يقوله البائع.

فإن قيل:فهلَّا قلتم يتحالفان ؟، كما قلنا: في البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثَّمن؟[5]

قلنا:لأنَّ في تلك المسألة كلٌّ واحد منهما مدَّعٍ ومدَّعى عليه فتثبت اليمين في جنبة كلِّ واحد منهما،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّ الشَّفيع هو المدَّعي على المشتري للشقص الذي في يده وملكه بالقدر الذي يذكره،والمشتري ينكر ذلك وينفي دعواه واستحقاقه،فهو مدَّعى عليه ،فكان القول قول المدِّعي ،كما لو ادَّعى عليه مالاً فأنكره، [6] هذا كلُّه إذا لم تكن بيِّنة.

فأمَّا إذا كانت لأحدهما بيِّنة قدِّمت البيِّنة [7] ؛لأنَّها أقوى من اليمين وحكم مأمور به.

وإن أقام كلٌّ واحد منهما بيِّنة:

---

[1] وهو أظهر القولين كما تقدم في ص٢٤٣.

[2] والأظهر أن القول قول المعتق. الروضة ١٢٢/١٢.

انظر/ المهذب ٣٦٩/٢.

[3] انظر/ المرجع السابق.

[4] انظر/ المهذب٣٦٩/٢.

[5] انظر/ فتح العزيز ٥٢٣/٥،مغني المحتاج ٣٠٤/٢.

[6] انظر/ الحاوي ٢٤٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧١،فتح العزيز ٥٢٣/٥،مغني المحتاج ٣٠٤/٢.

[7] انظر/ الحاوي ٢٤٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧١،البيان ١٧٠/٧،مغني المحتاج٣٠٤/٢.

فمن أصحابنا من قال:تقدَّم يد المشتري [1] ؛لأنَّ اليد له،ولا يد للشفيع،فهو كبيِّنة الداخل والخارج.[2]

وقال القاضي أبو حامد [3] :إذا تنازع رجلان في دار وهي في يد أحدهما،وأقام كلُّ واحد منهما بيِّنة،فإنَّ الذي في يده الدَّار يسمَّى الداخل،ويسمَّى الآخر الخارج [4] يتعارضان ويسقطان،ويكون كأن لم تكن بيِّنة [5] ،ويكون القول قول المشتري [6] ؛لأنَّ البيِّنتين تتساويان ،لا مزيَّة لأحدهما على الآخر،ولا تقدَّم بيِّنة المشتري ؛لليد؛لأنَّهما لا يتنازعان في اليد،وإنَّما يتنازعان فيما وقع به العقد. [7]

ومن أصحابنا من قال:إن كانت البيِّنتان متعارضتين كان فيهما قول آخر أنَّهما لا يسقطان،ولكن يُقرع بينهما فيقدَّم أحدهما على الآخر بالقرعة [8] ،فإذا خرجت القرعة لأحدهما،فهل يحلف معها أم لا ؟ على قولين [9] ،والله أعلم بالصَّواب.

---

[1] وهو قول أبي حامد الإسفراييني.
انظر/ الحاوي ٢٤٦/٧،البيان ١٧١/٧ ،حلية العلماء٣١٩/٥.

[2] فتقدم بيِّنة الداخل على بيِّنة الخارج. وسيأتي بيان معناه .
انظر/ البيان ١٧١/٧.

[3] تقدمت ترجمته في ص٢٩.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧١،البيان ١٧١/٧،فتح العزيز ٥٢٣/٥.

[5] وهو اختيار ابن الصباغ وهو الأصح.
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧١،البيان ١٧١/٧،فتح العزيز ٥٢٣/٥،الروضة ٩٧/٥،مغني المحتاج٣٠٤/٢.

[6] كما تقدم في رأس المسألة أنَّه إذا لم تكن بيِّنة كان القول قول المشتري.

[7] انظر/ البيان ١٧١/٧،الروضة ٩٧/٥.

[8] انظر/ الحاوي ٢٤٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧١،البيان ١٧١/٧،فتح العزيز ٥٢٣/٥،الروضة ٩٧/٥.

[9] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧١،البيان ١٧١/٧،الروضة ٥١/١٢.

فصل

قد ذكرنا أنَّ البيِّنة تسمع إذا تنازعا في مقدار الثَّمن الذي وقع به العقد.[1]

إذا ثبت هذا :فأنَّه يسمع في ذلك رجلان ،ورجل وامرأتان ،وشاهد ويمين [2] ؛لأنَّ المقصود منه المال،وكلّ ما قصد به المال،فهذه البيِّنة تسمع فيه. [3]

فإن شهد البائع للمشتري لم تقبل شهادته [4] ؛لأنَّه شهد بفعل نفسه [5] ؛لأنَّه يقول:بعته بكذا،ولا تقبل شهادة الإنسان بفعل نفسه كالحاكم إذا/ عزل ثمَّ شهد عند آخر أنَّه كان حكم لفلان على فلان بكذا،فكذلك القاسم إذا شهد بالقسم لم يقبل.[6]

ه

فإن قيل:فقد قلتم إنَّ شهادة المرضعة بالرضاع تقبل، وهي تشهد بفعل نفسها.[7]

قيل:تلك لا تشهد بفعل نفسها؛لأنَّ تحريم الرضاع لا يتعلق بفعلها،وإنَّما يتعلَّق بحصول اللّبن في محلّه من الصَّبي،[8] ألا ترى أنَّه لو زحف إليها وهي نائمة فارتضع منها ثبت التحريم [9] ،ولم يكن منها فعل في ذلك ؟،فثبت أنَّ تلك ليست شهادة بفعلها.

---

[1] كما تقدم ص٣١٤.

[2] انظر/ البيان ٧/١٧٠.

[3] انظر/ التنبيه ص٢٧٠،بحر المذهب ٩/ل ٧١،البيان ٧/١٧٠،مغني المحتاج٤/٤٤١.

[4] انظر/ البيان ٧/١٧٠،الروضة ٥/٩٧.

وهو الوجه الصحيح ،وفي وجه تقبل ؛لأنَّه لا يجر لنفسه نفعاً.الروضة ٥/٩٧.

[5] انظر/ البيان ٧/١٧٠،الروضة ٥/٩٧.

[6] وهو الوجه الصحيح ،وفي وجه أنَّها تقبل.

انظر/ الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٠٨.

[7] وهو الصحيح وفي وجه لاتقبل .

انظر/ إعانة الطالبين٣/٢٩١،الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٠٨.

[8] انظر/ الوسيط٦/١٩٩،الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٠٨.

[9] انظر/ الروضة ٩/٢٠،مغني المحتاج٣/٤٢١،

وكذلك إذا شهد البائع للشفيع لم يقبل، سواء كان قبض الثّمن من المشـــتري أو لم يقبض [1] ؛لأنّه شهد بفعل نفسه [2] ،ولأنّه متَّهم في ذلك؛ لأنّه ربَّما قصد بذلـك أن يكون الرجوع عليه من جهة المشتري بأقلّ من الثّمن إذا خرج الشّقص مستحقاً،فـإذا كان متَّهماً في ذلك لم يقبل منه.[3]

فإن قيل: البائع يضرُّ بنفسه بتلك الشهادة؛لأنّه إن كان قبض الثّمن وجب عليـــه ردُّ الألفين،وإن كان لم يقبض لم يكن له أن يقبض إلا ألفاً واحداً.

فالجواب: أنّه إن كان قبض فهو لا يقرُّ إلا بألف ،ويدَّعي أنّه ما قبض إلا ألفاً واحـداً ،وقول المشتري أنّه وزن ألفين دعوى ليس عليها بيِّنة،وإن كان لم يقبض بعد لم يكـن إلا قبض ألف واحدة فتردُّ شهادته بفعل نفسه.

فأمّا إذا اختلف المتبايعان في قدر الثّمن،فإن كان لأحدهما بيِّنة حكم بالبيِّنة،وأخـــذه الشّفيع بما حكم به. [4]

فإن شهد الشّفيع لأحدهما نظر:

فإن شهد للبائع سمعت شهادته ؛لأنّه يضرُّ بنفسه بتلك الشهادة[5].

وإن شهد للمشتري لم يقبل ؛لأنّه جرَّ إلى نفسه منفعة بإسقاط ما يدَّعيه البائع مـــن الزيادة[6].

---

[1] وبه قطع العراقيون ،وجزم به الماوردي في الحاوي٧/٢٤٦.
وقيل تقبل؛لأنّه ينقض حقّه ،صححه البغوي في التهذيب ص٥٥٦ ،والشربيني في مغني المحتاج ٢/٢٠٤.
وقيل: إن شهد قبل قبض الثّمن قُبِل؛لأنّه ينقض حقّه ؛إذ لايأخذ أكثر مما شهد به ،وإن شهد بعده لايقبـل ؛لأنّه لا يجر إلى نفسه نفعاً ،فإنّه إذا قلّ الثّمن قلّ ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق .
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧١،البيان ٧/١٧٠،فتح العزيز ٥/٥٢٣،الروضة ٥/٩٧.

[2] انظر/ البيان ٧/١٧٠،الروضة ٥/٩٧.

[3] ونحوه في فتح العزيز ٥/٢٣،الروضة ٥/٩٧.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٨،فتح العزيز ٥/٥٢٣،مغني المحتاج٢/٣٠٤.

[5] انظر/ فتح العزيز ٥/٥٢٣،الروضة ٥/٩٧.

[6] انظر/ المرجعين السابقين.

وإن لم يكن بيِّنة تحالفا [١] ؛لأنَّ كلَّ واحد منهما مدعٍ ومدعىً عليه.

وقد ذكرنا أنَّ الشَّفيع والمشتري إذا اختلفا لم يتحالفا،وبيَّنَّا الفرق بين المسألتين.[٢]

فإذا تحالفا انفسخ البيع على أحد الوجهين [٣] ،أو فسخ على الوجه الآخر [٤] فكان للشفيع أن يردَّ ذلك الفسخ ويأخذ الشِّقص بالشُّفْعة بما يقوله البائع ويدَّعيه من الثَّمن [٥] ،لأنَّ حقَّ الشُّفْعة لا يسقط بالفسخ ،ألا ترى أنَّهما لو تقايلا في الشِّقص كان له ردُّ الفسخ،وأخذ الشِّقص بالشُّفْعة؟ [٦] فكذلك ههنا.

---

[١] أي البائع والمشتري .

انظر/ الحاوي ٢٤٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧١،التهذيب ص٥٥٦.

[٢] كما تقدم في ص٣١٤.

[٣] وهذا الوجه محكي عن أبي بكر الفارسي .الروضة ٥٨٣/٣.

انظر/ الحاوي ٢٤٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧١.

[٤] وهو الصحيح المنصوص .

انظر/ الروضة ٥٨٣/٣، مغني المحتاج ٩٦/٢،إعانة الطالبين٤٦/٣.

[٥] إذا تحالفا وانفسخ العقد أو فُسخ ،فإن جرى ذلك بعدما أخذ الشَّفيع الشِّقص ،أقر في يده ،وعلى المشتري قيمة الشِّقص للبائع .

وإن جرى قبل الأخذ ففي سقوط حقّه الخلاف في الشِّقص إذا خرج معيباً الذي سيأتي .الروضة ٩٧/٥.

انظر/ الحاوي ٢٤٨/٧.

[٦] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧١.

[٣٧] مسـألـة

قال: ((وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِسِلْعَةٍ فَهِيَ لَهُ بِقِيمَةِ السِّلْعَةِ)).[١]

وهذا كما قال.

إذا اشترى شِقْصاً بسلعةٍ لا مثل لها أخذت بقيمة السلعة.[٢]

وقال الحسن البصري [٣] ،وسوار بن عبد الله:[٤] لا نأخذه بالشُّفْعة؛لأنَّ الشُّفْعة إنَّما تثبت إذا كان له مثل وهذا لا مثل له.[٥]

وهذا غلط؛لأنَّه أحد نوعي الثَّمن، فجاز أن تثبت الشُّفْعة في بدله؛الدليل عليه:إذا كان له مثل [٦] ،ولأنَّ ما يضمن بالمثل إذا كان له مثل ضمن بالقيمة،إذا لم يكن له مثل، كما لو أتلف على رجل مالاً .[٧]

والذي ذكره /دعوى لا حجَّة عليها،و إذا وجب الأخذ بالمثل إذا كان له مثل،فإذا لم يكن له مثل وجب الرجوع إلى قيمته،والأصول على هذا كما بيَّنَّاه.

٦٤/أ/٥

---

[١] مختصر المزني ص١٣١.

[٢] انظر/ الحاوي ٢٤٩/٧،المهذب ٢١٧/٢،الوجيز ٢١٧/١،فتح المنان ص٢٩٤.

[٣] تقدمت ترجمته ص٢٩٢.

انظر قوله في الحاوي ٢٤٩/٧،البيان ١٢٦/٧،المغني ٤٨٠/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٣/٢.

[٤] تقدمت ترجمته ص٢٨٥.

انظر قوله في البيان ١٢٦/٧،المغني ٤٨٠/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٣/٢.

[٥] انظر/ المغني ٤٨٠/٧.

[٦] انظر/ البيان ١٢٦/٧،المغني ٤٨٠/٧.

[٧] كما تقدم في كتاب الغصب ص٩٣.

إذا ثبت هذا فإنَّه يأخذه بقيمة السلعة وقت البيع [1] ؛لأنَّه وقت وجــوب الشُّـفْعة وثبوها،ووقت استحقاق أخذ الشِّقص بها، وما زاد بعد ذلك ،أو نقص مـــن قيمـــة السلعة فلا اعتبار به؛ [2] لأنَّ تلك الزيادة في ملك المشتري،وذلك النقصان عـــن ملكه ،وليس على الشَّفيع شيء بما يحدث في ملك المشتري من الزيادة والنقصان.

[1] وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

وقال ابن سريج تعتبر قيمته يوم استقرار العقد وانقطاع الخيار .وبه قال صاحب التنبيه .

انظر/ التنبيه ص١١٧، البيان ١٢٦/٧،فتح العزيز ٥٠٧/٥،الروضة ٦٨/٥،المنهاج مع شرحه مغني المحتـــاج ٣٠١/٢.

[2] انظر/البيان ١٢٦/٧،فتح العزيز ٥٠٧/٥،الروضة ٦٨/٥،المنهاج مع شرحه مغني المحتاج ٣٠١/٢.

[٣٨] مسـألـة

قال: ((وَلَو [١] تَزَوَّجَ بِهَا فَهِيَ لِلْشَّفِيعِ بِقِيمَةِ الْمَهْرِ)) [٢] .

وهذا كما قال.

إذا أصدق امرأة شِقْصاً له في دار بينه وبين شريكه ثبتت الشُّفْعة في ذلك الشِّقْص للشفيع وله أخذه بمهر المثل،وذلك قيمة العوض؛ [٣] لأنَّ البُضْع لا مثل له.

وقال مالك:تثبت الشُّفْعة في ذلك الشِّقص للشفيع،ويأخذ الشِّقص بقيمته لا بمهر المثل. [٤]

وقال أبو حنيفة:لا تثبت الشُّفْعة بحال. [٥]

واحتجَّ من نصره:

بأنَّ الشِّقْص لم يملك بمال؛لأنَّ البُضْع ليس بمال،وربما قالوا:ملك الشِّقص بغير مال، فوجب أن لا تثبت فيه الشُّفْعة، أصله إذا ملكه بالهبة. [٦]

ولأنَّ البضع إنَّما يقوَّم على الزَّوج أو الواطيء بالشبهة،و الشَّفيع ليس بواحد منهما، فلم يقوَّم عليه البُضْع. [٧]

---

[١] في المختصر المطبوع (وإن)ص١٣١

[٢] مختصر المزني ص١٣١.

[٣] انظر/ اختلاف العراقيين ٤/٧،الإشراف لابن المنذر ٥٧/١،الحاوي ٢٤٩/٧.حلية العلماء ٢٧٦/٥،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٣/٢.

-قال النووي(وهذا هو الصحيح المعروف)الروضة ٨٧/٥.

وحكى عن الشَّافعيّ في القديم أن الشِّقص يؤخذ بقيمته لا بمهر المثل .الحاوي ٢٥٠/٧.

وحكى ذلك وجهاً انظر/ فتح العزيز ٥٠٨/٥،الروضة ٨٧/٥.

[٤] انظر/الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٤٩/٢،عقد الجواهر الثمينة ٧٦٥/٢.

[٥] انظر/ المبسوط ١٤٤/١٤،مختصر الطحاوي ص١٢١، الكتاب وشرحه اللباب ١١٠/٢،مختصر اختلاف العلماء ٢٤٤/٤،الهداية مطبوع مع البناية ٥٥١/٨.

[٦] انظر/ المبسوط ١٤٥/١٤،اللباب ١١٠/٢، الهداية مع شرحها البناية ٥٥٢/٨-٥٥٣.

[٧] انظر/ البناية ٥٥٢/٨-٥٥٣،الاختيار لتعليل المختار ٤٢/٢.

ودليلنا:

قوله ﷺ : ((**الشُّفْعة فيما لم يُقْسَم**)) [1] ولم يفرق.

ولأنَّه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشُّفْعة في الأرض المملوكة به،أصله المبيع. [2]

ولا يدخل عليه الهبة؛لأنَّها ليست بمعاوضة . [3]

ولا عقد الكتابة؛لأنَّه لا يملك بها الأرض؛لأنَّ الكتابة لا تصح إلا بمال في الذِّمة مؤجَّلاً ،والأرض وسائر الأعيان المعيَّنة لا تثبت في الذِّمة،وعلَّلنا الجواز حتى لا يدخل عليه أعيان المسائل.

ولأنَّه شِقْص قابل للشُّفْعة،فإذا ملك بعقد معاوضة جاز أن تثبت فيه الشُّفْعة؛الدليل عليه:إذا ملكه بالبيع؛لأنَّ البُضْع ذو عوض مسمىً،وذو عوض بمثل، فجاز أن تثبت الشُّفْعة في بدله؛الدليل عليه:الأموال.[4]

ولا يدخل عليه إذا اشترى شِقْصاً من بئر [5] ؛لأنَّ التعليل لجواز ثبوت الشُّفْعة في البدل ،والبئر وإن كانت الشُّفْعة لا تثبت في الشِّقص المبيع منها فيجوز ثبوت الشُّفْعة في بدله،وهو إذا اشترى به شِقْصاً من دار.

فأمَّا الجواب عن دليلهم الأول فهو أن نقول:

أمَّا قولهم: إنَّه ملك الشِّقص بغير مال ،فهو عبارة صحيحة في الأصل [6] ؛لأنَّ ملك الهبة بغير بدل ،ولم يبذل في مقابلته مالاً ولا غير مال،وتلك العبارة تقتضي أن يكون ملك الشِّقص بشيء غير المال.

---

[1] تقدم تخريجه في ص٢٧٩.

[2] انظر/ الحاوي٧/٢٤٩،الاصطلام٤/١٧١.

[3] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٩.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٩،الاصطلام ٤/١٧١.

[5] إذ أن الشُّفْعة لا تثبت في البئر كما تقدم في ص٢٨٩.

[6] المراد بالأصل هنا المقيس عليه وهو الهبة .

ثمَّ المعنى في الأصل: أنّه ما ملكه بعقد معاوضة،وليس كذلك في مسألتنا [1] فإنَّه ملكه بعقد معاوضة ،فبذل العوض [2] في مقابلة الشِّقص؛فلهذا ثبتت الشُّفْعة فيه ،وكان لـه أخذه/ بقيمته.

٥/ل/٢٦٤ر

فإن قيل: فما قولكم فيه إذا صالحه على شِقْص عن الدَّم ؟[3]

قلنا: له أخذ الشِّقص قيمة الدَّم،وقيمة الدِّية.[4]

وأمَّا الجواب عن دليلهم الثَّاني :فهو أنَّا لا نسلِّمه؛لأنَّ البُضْع يُقوَّم على من ليس بزوج،ولا في معناه؛ [5] ألا ترى أنَّ الكبرى من امرأتيه إذا أرضعت الصغرى انفسخ نكاحها،ولزمه لها نصف المسمَّى،وكان له الرجوع على الكبرى بنصف مهر مثل الصغرى؟ فقوَّمناه عليها،وليست بزوج ولا في معنى الزَّوج. [6]

ثمَّ إن سلِّم لهم ذلك انكسر عليهم بالسلعة إذا اشترى بها الشِّقص، فإنَّها تقوَّم عليه بأحد أمرين:

إمَّا بالغصب، أو بالإتلاف،وقد قوَّمنا عليه في هذه الحالة،وليس بغاصب ولا متلف ولا انفصال لهم عن هذا.

---

[1] وهي لو تزوَّج الشريك بالشِّقص .

[2] وهو البُضْع.

[3] انظر/ الهداية مع شرحها البناية ٨/٥٥٢،مختصر اختلاف العلماء ٤/٢٤٤.

[4] كذا في المخطوط ولعل الصحيح (بقيمة الدم ،وقيمة الدية).

انظر/ الاصطلام ٤/١٧٢، الوجيز ١/٢١٧، الروضة ٥/٨٧،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٢٩٨.

[5] انظر/ الحاوي ٧/٢٥٠.

[6] انظر للحنفية مختصر الطحاوي ص٢٢١.

وفيما تغرمه الكبرى للزوج أربعة أقوال :

أظهرها عند الجمهور :نصف مهر المثل ،والثَّاني :جميع مهر المثل ،والثَّالث :نصف المسمى ،والرابع :جميع المسمى.

انظر/ الروضة ٥/٢١،مغني المحتاج٣/٤٢٠

إذا ثبت ما ذكرناه فمثله الخلاف فيه إذا استأجر بشِقْص،وملك المكتري الشِّقْص كان للشفيع أن يأخذ بأجرة المثل،وهو قيمة المنافع التي استحقّها بالشِّقص.[1]

وعند أبي حنيفة: لا تثبت فيه الشُّفْعة .[2]

وعند مالك: يأخذه بقيمته لا بقيمة المنافع. [3]

والكلام في المسألتين واحد.

فـــصـــل

فأمَّا مالك فقد حكينا مذهبه.[4]

والدليل على بطلانه أنّه ملك الشِّقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل،فكان له أخذه بقيمته؛أصله إذا اشتراه بسلعة؟ [5] والله أعلم.

---

[1] انظر/ الأم٤/٣،المهذب ٢/٢١٤،فتح العزيز ٥/٥٠٨،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٢٩٨، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٥٤.

[2] انظر/ المبسوط ١٤/١٤٥،البناية في شرح الهداية ٨/٥٥١-٥٥٢،الاختيار في تعليل المختار٢/٤٢.

[3] انظر/ عقد الجواهر الثمينة ٢/٧٦٥.

[4] تقدم في ص٣٢٢.

[5] انظر/ الحاوي ٧/٢٤٩،الاصطلام ٤/١٧١.

[٣٩] مسـألـة

قال الشَّافعيّ: ((فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الشِّقْصِ)) (١)
وهذا كما قال.

إذا أصدقها شقصاً من أرض وثبت فيه الشُّفْعة للشفيع ،ثمَّ طلَّقها قبل الدخول،فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

إمَّا أن يكون الشَّفيع أخذ الشِّقص بالشُّفْعة،أو يكون قد عفا عنه ،أو[لم] (٢) يعلم بثبوت الشُّفْعة حتى طلق الزَّوج،ثمَّ علم فطلب الشِّقص بالشُّفْعة.

فأمَّا الحالة الأولى :وهي إذا كان قد أخذ الشِّقص فإنَّ الزَّوج يرجع عليها بنصف قيمةِ الشِّقص (٣) ؛لأنَّها طلَّقها و الشِّقص ليس في ملكها ،فهو كما لو باعته،أو كان الصداق مأكولاً فأكلته أو ملبوساً فلبسته و أبلته،فإنَّه يرجع إلى نصف القيمة؛ (٤) لأنَّ الوصول إلى عين الصداق قد تعذَّر،فكذلك ههنا.

وأمَّا إذا كان قد عفا عن الشُّفْعة: (٥) رجع الزَّوج عليها بنصف الشِّقْص (٦) ؛لأنَّ عين الصداق في يدها على ملكها. (٧)

فإن قيل: هلَّا قلتم :لا يرجع عليها بنصفه ،وإنَّما يرجع بنصف قيمته؟؛لأنَّه استُحِق عليها،وإنَّما ثبت لها بعد سقوط الاستحقاق، (٨) قبل ثبوت الاستحقاق لايسقط

---

(١) مختصر المزني ص١٣١.

(٢) (لم)ساقطة كما يدل عليه السياق ،وكلام المصنف عند ذكر هذه الحالة.

(٣) انظر/ اختلاف العراقيين ٤/٧،التهذيب ٥٤٨، بحر المذهب ٩/ل ٧٤،البيان ٧/ ١٣٠،فتح العزيز ٥/٤٩٥-٤٩٦.

(٤) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٤،البيان ٧/ ١٣٠.

(٥) وهذه الحالة الثّانية.

(٦) انظر/ الحاوي ٧/٢٥٢،بحر المذهب ٩/ل ٧٤،البيان ٧/ ١٣٠.

(٧) انظر/ الحاوي ٧/٢٥٢،بحر المذهب ٩/ل ٧٤.

(٨) كذا في المخطوط ولعل هنا (واو) ساقطة.

حقّ الزَّوج من عين الصداق،ألا ترى أنّها لو باعت الشِّقص ثمَّ رجع إليها بشراء، أو هبة،أو غيرهما، ثمَّ طلّقها قبل الدخول، وهو في يدها وملكها ، رجع عليها بنصفه ، اعتباراً بحصوله /في ملكها حين الطلاق؟،فكذلك ههنا.

وأمَّا إذا لم يعلم بذلك [1] حتى طلّقها ثمَّ علم فتنازعا فيه.

فالذي نصَّ عليه الشَّافعيّ أنَّ الشَّفيع أولى بالشِّقْص [2] .

وهو الصحيح؛ [3]لأنَّ حقّه أسبق من حقِّ الزَّوج؛لأنّه ثبت بالإصداق،وحقُّ الزَّوج ثبت بالطلاق ،فكان تقديم الأسبق أولى [4] ،ولأنَّ في تقديم الشَّفيع على الزَّوج إيفاء للحقّين؛لأنَّ الشَّفيع يأخذ الشِّقْص، ويأخذ الزَّوج نصف القيمة ،فيصل كلٌّ إلى حقّه،وإذا قدمنا الزَّوج وفَّيناه حقّه،وأسقطنا حق الشَّفيع، فكان ما فيه إبقاؤهما أولى . [5]

وهذا كما قلنا :في الراهن إذا أعتق العبد المرهون وكان موسراً أنَّ العتق ينفذ على الصحيح من المذهب، [6] فيصل العبد إلى حرِّيته،ويؤخذ منه قيمته فيتوثَّق بها المرتهن،فيصل إلى وثيقته [7] ،ويوفَّى كلُّ واحد حقَّه[8].

---

(1) أي لم يعلم الشَّفيع بثبوت الشُّفْعة، وهذه الحالة الثّالثة.

(2) انظر/ الحاوي ٧/٢٥٢،التهذيب ص٥٤٨،البيان ٧/١٣١.

(3) وهو الأصح .انظر/ فتح العزيز ٥/٤٩٥،الروضة ٥/٧٦.

(4) انظر/ الحاوي ٧/٢٥٢، البيان ٧/١٣١،فتح العزيز ٥/٤٩٥.

(5) انظر/ التهذيب ص٥٤٨، البيان ٧/١٣١،فتح العزيز ٥/٤٩٥.

(6) انظر/ البيان ٧/١٣١.

(7) وهو أظهر الأقوال وفي قول :لاينفذ مطلقاً ،وفي قول ينفذ مطلقاً.
انظر/ الوجيز ١/١٦٤،الروضة ٤/٧٥،فتح المنان ص٢٦٩.

(8) انظر/ الوجيز ١/١٦٤،فتح المنان ص٢٦٩.

وفيه وجه آخر: أنَّ الزَّوج أولى [(١)] ؛لأنَّ حقَّه آكد ثبوتاً من الشَّفيع [(٢)] ؛لأنَّه ثبت بنصِّ القرآن،وهو قوله تعالى: ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [(٣)] وما ثبت بنصِّ القرآن أولى مما ثبت بغيره.

وهذا ليس بصحيح؛لأنَّ الشُّفْعة وإن لم تثبت بنصِّ القرآن، فقد ثبتت بنصِّ السُّنَّة وإجماع الأمَّة [(٤)] ،فثبوتها مساوٍ لثبوت حقِّ الزَّوج،فبطل هذا الدليل.

إذا تقرَّر هذا ،و ثبت أنَّ الشَّفيع أولى ،فإنَّه يأخذ جميع الشِّقْص ،ويرجع الزَّوج عليها بنصف قيمة الشِّقْص أقلَّ ما كانت، من حين العقد إلى حين القبض والتسليم، [(٥)] فإن كانت قيمته وقت العقد ألفين، ووقت التسليم ألفاً،فالاعتبار بقيمته وقت التسليم [(٦)] ،ويرجع عليها بنصف الألف؛لأنَّ ما نقص من قيمته كان في يده وقت ما كان الصداق في ضمانه؛لأنَّ الضمان لا ينتقل إليها إلا بالتسليم. [(٧)]

قال الشَّافعيّ: يملك الصداق بالعقد ويضمنه باليد [(٨)] ،وما نقص من قيمته،والضمان عليه دونها ،فلا يرجع به عليها،وإن كان بخلاف ذلك،فالاعتبار بقيمته وقت العقد ويرجع بنصف ما عقد عليه؛لأنَّ ما زاد بعد ذلك فهو لها ،وزيادة في ملكها ،فلا يرجع عليها بشيء منه. [(٩)]

---

(١) انظر/ الحاوي ٧/٢٥٢،بحر المذهب ٩/ل ٧٤، التهذيب ص٥٤٩،البيان ٧/١٣١.

(٢) انظر/ الحاوي ٧/٢٥٢،البيان ٧/١٣١.

(٣) سورة البقرة آية رقم (٢٣٧).

(٤) كما تقدم ص٢٧٦.

(٥) انظر/ البيان ٤/١٣٠

(٦) لأنَّه أقل من القيمة حين العقد.

(٧) انظر/ البيان ٧/١٣٠.

(٨) قال المزني في المختصر (قال الشَّافعيّ رحمه الله :وكلُّ ما أصدقها فملكته بالعقدة وضمنته بالدفع فلها زيادته ،وعليها نقصانه). مختصر المزني ص١٩٢.

(٩) انظر/ البيان ٧/١٣٠.

فـــــرع

إذا باع من رجل شقصاً ثمَّ فُلِّس المشتري وحُجِر عليه،وما كان البــــائع قبــض الثَّمن، فتنازع في الشِّقص الشَّفيع والبائع فأيهما أولى؟

فيه ثلاثة أوجهٍ:

الذي نصَّ عليه:أنَّ الشَّفيع أولى [١] ؛لأنَّ حقَّه أسبق؛ لأنَّه ثبت بالبيع ،وحقُّ البـــائع ثبت بالإفلاس ،والحجرُ [٢] متأخِّر [٣] .

والوجه الثَّاني:أنَّ البائع أولى [٤] ؛لأنَّ الشُّفْعة إنَّما أثبتناها للشفيع لإزالـــة الضَّـرر عنه،ولو جعلنا الشِّقْص له لأضررنا بالبائع؛لأنَّه لا يصل إلى عين ماله،/ولا إلى وفـــاء ثمنه؛لأنَّه يضارب مع الغرماء فيخصه بعض حقِّه ،و[لا][٥]يجوز أن يزال الضَّرر مــــن الشَّفيع بإدخال الضَّرر على غيره.

ومن أصحابنا من قال: أجعلُ الشِّقص للشفيع،وآخذ الثَّمن فأجعله للبائع، وأخصُّه به من بين الغرماء ،فأُوصِل كلَّ واحد منهما إلى حقِّه علـــى التَّمـام [٦] ،والله أعلــم بالصَّواب.

---

[١] وهو الأصح .
انظر/ الحاوي ٢٥٢/٧،التهذيب ص٥٤٩،فتح العزيز ٤٩٥/٥،الروضة ٧٦/٥.

[٢]الحجر: هو لغة المنع، و شرعاً: المنع من التصرفات المالية. مغني المحتاج ١٦٥/٢.

[٣] انظر/ التهذيب ص٥٤٩،فتح العزيز ٤٩٥/٥.

[٤] انظر المرجعين السابقين و الروضة ٧٦/٥.

[٥] (لا)ساقطة من المخطوط.

[٦] وهو قول ابن سريج .
انظر/ التهذيب ص٥٤٩،فتح العزيز ٤٩٥/٥.
وفي وجه آخر أنَّه وجميع الغرماء سواء .
انظر/ الحاوي ٢٥٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧٤.

[٤٠] مسـألـة

قال: ((وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ[١] قِيلَ لِلشَّفِيعِ: إِنْ شِئْتَ عَجِّلْ[٢] الثَّمَنَ وَتَعَجَّلِ الشُّفْعة، [٣] وَ إِلا تَدَع حَتَّى يَحِلَّ الأَجَلُ)) [٤] .

وهذا كما قال.

إذا اشترى الشِّقْص بثمن مؤجَّل إلى سنة ،فقد ذكر الشَّافعيّ في القديم أنَّ للشفيع أن يأخذ الشِّقص بمثل ذلك الثَّمن مؤجَّلاً إلى سنة،كما اشتراه المشتري [٥] ،وهو قول مالك [٦] ،ووجهه شيئان:

أحدهما: قوله ﷺ: **((فإن باعه ولم يُؤْذِنه فشريكه أحقُّ به بالثَّمن))** [٧] .فجعله أحقَّ به بالثَّمن في جميع الأحوال و لم يفرِّق.

ولأنَّ على الشَّفيع أن يأخذ الشِّقص بمثل ما أخذه به المشتري،وقد أخذه بثمن مؤجَّل فكان للشفيع أخذه بمثل ذلك.[٨]

وذكر في الجديد أنَّ الشَّفيع بالخيار بين أن يأخذه في الحال ويعجِّل الثَّمن للمشتري، وبين أن يؤخِّر الأخذ حتى يحلَّ الأجل،فإذا حلَّ أخذه،ودفع إليه الثَّمن .[٩]

---

[١] (معلوم)ليست في المطبوع ص١٣١.

[٢] في المطبوع (فعجل)ص١٣١.

[٣] في المطبوع (وإن شئت فدع حتى يحل الأجل)ص١٣١.

[٤] مختصر المزني ص ١٣١.

[٥] انظر/ الحاوي ٢٥٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧٥،التنبيه ص١١٧.البيان ١٢٣/٧.

[٦] وذلك إن كان الشَّفيع مليّاً ،وإن كان مخوفاً أن لايؤدي الثّمن فإن جاء بضمين مليء فله الشُّفعة وإلا انظر/الموطأ مالك ٢٧٠/٢،الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٠/٢، الاستذكار ٢٧٣/٢١.

[٧] تقدم تخريجه ص٢٧٣.

[٨] الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٠/٢.

[٩] وهو أظهر الأقوال ،وقد ذكر المصنف قولين منها.
وفي قول ثالث:أن الشَّفيع يأخذ الشِّقص بعرض يساوي المؤجل إلى سنة .
انظر/ الأم ٣/٤،الحاوي ٢٥٣/٧،التنبيه ص١١٧،البيان ١٢٣/٧،الروضة ٨٨/٥.

وهو قول أبي حنيفة [1] .

ووجهه:

أنّا لو جعلنا للشفيع أن يأخذ الشِّقص بثمّن مؤجّل ألزمنا المشتري أن يقبل ذمّة الشّفيع بدل ذمّته،والذِّمم لا تتماثل [2] ؛ألا ترى أنّ الرجل الذي عليه الدَّين المؤجَّل إذا مات حلّ الأجل و لم ينتقل الدين إلى ذمة الوارث مؤجلاً [3] ،وكذلك إذا أحيل على إنسان لم يجبر على قبول ذلك [4] ؛لأنّ الذمم لا تتماثل فقد يكون الرجل مليئاً غير وَفِيّ كلّما طولب بالحق ماطل،ودافع ،وقد يكون آخر دونه في اليسار ويكون وفيّاً حسن المعاملة سهل القضاء،فإذا كان كذلك ثبت أن الذمم لا تتماثل [5] وقد [بيّنا] [6] أنّ على الشّفيع أخذ الشِّقص بمثل ما أخذه المشتري [7] ،وقد تعذرت المماثلة فبطل أن يكون له لأخذ بالثّمن مؤجلاً،وإذا بطل ذلك ثبت أنّه بين أمرين: إمّا أنّ يأخذه ويعجل الثّمن، أو يؤخر حتى يحلّ ثمّ يأخذ ويزن في الحال. [8]

---

[1] انظر/ المبسوط ١٠٣/١٤،بدائع الصنائع ١٣٢/٤،تكملة فتح القدير ٣٩٤/٩،٣٩٥.

[2] انظر/ البيان ١٢٤/٧.

[3] انظر/ الحاوي ٢٥٤/٧،بحر المذهب ٩/ل٧٥،المهذب٢١٩/٢.

[4] انظر/ الوجيز ١٨١/١،الروضة ٢٢٨/٤.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٥.

[6] لعل(بينا) ساقطة من المخطوط كما يدل عليه السياق .

[7] ص٢٩٥.

[8] انظر/ المهذب ٢١٦/٢،بحر المذهب ٩/ل ٧٥،البيان ١٢٤/٧

فــــرع

ذكر ابن الحدَّاد [1] على قوله الجديد [2] فقال: إن مـــات المشـــتري حـــلَّ عليـــه الدَّين،ولم يحلَّ على الشَّفيع ،وكان له أن يؤخِّر حتى يحلَّ الأجل ثمَّ يكون لـــه أخـــذ الشِّقص بثمنه في تلك الحال.[3]

قال:لأنَّ الثَّمن ثبت في حقِّه مؤجَّلاً فلا يحلُّ عليه بموت غيره، كالضَّامن للمال مؤجَّـلاً إذا مات المضمون عنه حلَّ عليه و لم يحلَّ على الضَّامن [4] ،فكذلك هذا.

قال:وإن باعه المشتري صحَّ البيع [5] ؛لأنَّ الثَّمن إذا كان حالاً فباع الشِّقص قبـل أن يأخذه /الشَّفيع صحَّ البيع ،فإذا باعه والثَّمن مؤجَّل أولى.

٥/ل/٦٦

فإذا ثبت أنَّ البيع يصحُّ فللشفيع أن يمضي ذلك،ويأخذ الشِّقص من المشتري الثَّـــاني بمثل ما اشتراه به،وله أن يؤخِّر الأمر حتى يحلَّ الأجـــل المؤجَّـــل ثمَّ حينئـــذ يفســـخ البيع،ويأخذ الشِّقص من المشتري الأول بثمنه [6] ؛لأنَّ حقَّـــه لا يســـقط بتصـــرُّف المشتري في الشِّقص،والله أعلم بالصَّواب.

---

[1] هو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر أبو بكر بن الحداد الكناني ،شيخ الشَّافعيّة في الديار المصرية ،ولد في يوم موت المزني في رمضان سنة٢٦٤ ،وأخذ الفقه عن أبي سعيد محمد بن عقيل الفريابي ،ومنصور الفقيه وغيرهما ،وجالس أبا إسحاق المروزي ، ولي قضاء مصر نيابة .

له كتاب أدب القاضي في أربعين جزءاً ،وكتاب الباهر في الفقه في نحو مائة جزء ،وكتاب جامع الفقـــه ،والمولدات وهو كتاب الفروع وهو صغير الحجم شرحه الأئمة واعتنوا به ،توفي في محرم سنة أربع ،وقيـــل خمس وأربعين وثلاثمائة .

انظر/ طبقات الشَّافعيّة لابن قاضي شهبه ١٣٢/١-١٣٣،سير أعلام النبلاء ٤٤٥/١٥-٤٥١.

[2] المتقدم في ص٣٣٠.

[3] و لم أجد من نقله عن ابن الحداد.

انظر/ الحاوي ٢٥٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧٥،البيان ١٢٤/٧،فتح العزيز ٥٠٩/٥،الروضة ٨٨/٥.

[4] انظر/ التنبيه ص١٠٦،إعانة الطالبين ٨١/٣.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٥،البيان ١٢٤/٧،فتح العزيز ٥٠٩/٥،الروضة ٨٨/٥.

[6] انظر/ المراجع السابقة.

[٤١] مسـألـة

قال الشَّافعيّ: ((**وَلَو وَرِثَهُ رَجُلانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ ابْنَان فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَــهُ، فَأَرَادَ أَخُوهُ الشُّفْعة دُونَ عَمِّهِ فَكِلا هُمَا سَوَاءٌ؛لأَنَّهُمَا فِيهَا شَرِيكَان**)) [1] .

وهذا كما قال.

إذا مات رجل وخلَّف أرضاً،وخلَّف ابنين كانت الأرض بينهما نصفين،ثمَّ إنَّ أحدهما مات ،وخلَّف ابنين كان نصفها بينهما نصفين ،فيحصل للعمِّ نصفها،ولكلٍّ واحد منهما ربعها،ثمَّ إنَّ أحد الابنين باع نصيبه ثبتت الشُّفْعة فيه لأخيه.[2]

وهل تثبت لعمِّه أم لا ؟.

فيه قولان:-

الذي نصَّ عليه في الإملاء،واختاره وزعم أنَّه القياس:أنَّهما شريكان فيه،وليس أحدهما بأولى من الآخر [3] ،وهو قول أبي حنيفة.[4]

وذكر في القديم :أنَّ الأخ أولى بالشُّفْعة من العمِّ،[5]وهو قول مالك. [6]

واستدل من نصره:

بأنَّ أخاه أخصُّ به من عمِّه،وأقرب إلى حصَّته منه [7] بدليل شيئين:

---

[1] مختصر المزني ص١٣١.

[2] انظر/ الأم٤/٣،الإشراف لابن المنذر ١/٥٠،الحاوي ٧/٢٥٥،المهذب ٢/٢٢٠-٢٢١.

[3] وهو الأظهر.

انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/٥٠،الحاوي ٧/٢٥٥،المهذب ٢/٢٢٠-٢٢١،البيان ٧/١٥١،الروضة ٥/١٠٠،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٥٦.

[4] انظر/ روضة القضاة ٢/٨٤٤،مختصر اختلاف العلماء ٤/٢٤٥،البناية شرح الهداية ١٠/٣٤٩.

[5] انظر/ الحاوي ٧/٢٥٥،المهذب ٢/٢٢٠-٢٢١،البيان ٧/١٥١،الروضة ٥/١٠٠.

[6] انظر/ الموطأ ٢/٢٧٠-٢٧١،الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٥١،المنقى للباجي ٦/٢١٠،الاستذكار ٢١/٢٧٧.

[7] انظر/ المنتقى ٦/٢١٠،البيان ٧/١٥١،فتح العزيز ٥/٥٢٨،

أحدهما:أنَّ سبب ملك الأخوين غير سبب ملك العمِّ؛لأنَّهما ورثا من أبيـــهما،وذاك ورث من أحدهما.[1]

ولأنَّ القاسم إذا قسم ذلك بينهم جعل للعمِّ جزءاً ،فجعل النَّصف له،وجعلهما معـــاً جزءاً آخر فجعل النَّصف لهما ثمَّ قسمه بينهما [2] .

فإذا كان أخصَّ من العمِّ في هذا الوجه،وجب أن يكون أولى.

وهذا خطأ؛لأنَّهما شريكان معاً في الأرض حال ثبوت الشُّفْعة في الشِّقص، فتســـاويا فيه ،كما لو ورثه ثلاثة فباع أحدهم. [3]

فأمَّا ما ذكروه من الخصوصيَّة فعبارة ليس تحتها معنىً،والذي ذكروا من اختـــــلاف السبب واتفاقه لا تأثير له في الشُّفْعة،ألا ترى أنَّ ثلاثة لو ورثوا أرضاً فباع أحدهـــم حصَّته فعفَوا ،ثمَّ باع الآخر حصَّته كان المشتري والوارث في الشُّفْعة [4] والســـبب مختلف .

والذي ذكروه من القسمة غير صحيح؛لأنَّ القاسم يجعله أربعة أسهم فجعـــل للعـــمّ سهمين،وللأخوين سهمين، لكلِّ واحد منهما سهماً ،كما يفعلـــه في الفرائـــض في المناسخات [5] ،فإن الفريضة تقسم فيما يصح منه في الجملة ثمَّ يقسم الجميع دفعـــةً واحدةً،فثبت أنَّه ليس من شرط القسمة أن يجعلهما جزء ين.

إذا تقرَّر هذا.

فإن قلنا:إنَّ الأخ أولى فلا كلام.

---

[1] انظر/ الحاوي ٢٥٥/٧،البيان ١٥١/٧.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٦،البيان ١٥١/٧.

[3] انظر/ البيان ١٥١/٧.

[4] لعل في الكلام سقطاً تقديره (سواء)

[5] المناسخات :هي أن يموت أحد الورثة قبل قسمة التركة .
وسمى مناسخة لانتقال المال فيه من واحد إلى أخر . مغني المحتاج ٣٦/٣
وانظر/ الوسيط ٣٨٩/٤.

وإذا قلنا:إنَّهما سواء، كان الشِّقص بينهما ،وكيف يكون ؟.

على قولين:

أحدهما: أنّه بقدر الرؤوس، [1] فيكون ذلك الرُّبع بينهما نصفين،وكلُّ عدد نصف /صحيح ،فيجعل القسم من ثمانية ،فيكون للعمِّ خمسة،أربعة بميراثه وسهم بالشُّفْعة.

والثَّاني:بقدر الأنصباء، [2] فيكون الربع بينهما ثلثا وثلثين، للعم ثلثاه ،وللأخ ثلثه،وأقلُّ عددٍ ربعه ثلث صحيح اثنا عشر ،فيجعل القسمة من اثني عشر للعمِّ منها ثمانية، ستة ميراثاً ،واثنان بالشُّفْعة،وللأخ أربعة، ثلاثة ميراثاً وسهم بالشُّفْعة.

---

[1] وهو قوله القديم ،وهو اختيار المزني.

انظر/ الحاوي ٢٥٦/٧،بحر المذهب ٩/ل٧٦، فتح العزيز ٥٢٨/٥.

[2] وهو قوله الجديد .

انظر/ الأم ٣/٤،الحاوي ٢٥٦/٧/الروضة ١٠٠/٥.

فـــصـــل

إذا اشترى رجل نصف أرض واشترى الآخر النَّصف الآخر صفقة واحدة ،ثمَّ إنَّ أحد هذين باع حصَّته منها،فهل يكون صاحبه الذي اشترى معه في صفقة واحـــدة أولى بالشُّفْعة؟ أو يكون هو والمشتري للنصف سواء؟ .

قال أبو العباس ابن سريج [1] فيه قولان:[2]

أحدهما:أنَّ صاحبه الذي اشترى معه أولى.

والثَّاني:يتساويان،وهو الأصُّح.[3]

إذا ثبت هذا .

فإذا جعلناه أولى فعفا عن الشُّفْعة، فهل يثبت للمشتري النِّصف؟ أو هل يثبت للعمِّ في مسألة الميراث؟ [4]

قال أبو العباس: يحتمل وجهين:-

أحدهما:أنَّ الشُّفْعة لا تثبت لهما [5] ؛لأنَّ الشُّفْعة إذا لم تثبت بالبيع لم تثبت بعد ذلـك بالعفو [6] ؛ألا ترى أنَّ الجار [7] لَّما لم يثبت له شفعة بالعقد لم يثبت لـــــه إذا عفـــا الشَّريك؟.

---

[1] تقدمت ترجمته في ص١٨٧.

[2] مخرجان على المسألة المتقدمة ص٣٣٣.

انظر/ التهذيب ص٥٣٩،البيان ٧/١٥٢.

[3] كما تقدم أنّه الأظهر في ص٣٣٣.

[4] المتقدمة في ص٣٣٣

[5] انظر/ الحاوي ٧/٢٥٦،المهذب ٢/٢٢١،التهذيب ص٥٣٩،الروضة ٥/١٠٠..

[6] انظر/ المهذب ٢/٢٢١،البيان ٧/١٥٢.

[7] في المخطوط(الحاكم) ولعله سبق قلم من الناسخ و الصحيح (الجار).كما يدل عليه كلّام المصنـف الآتي والمرجعان السابقان.

والثّاني:أنَّ الشُّفْعة ثبتت لهما [1] ؛لأنَّ حقَّ الشُّفْعة يثبت لهما بالعقد، وسببهما واحد في الاستحقاق ،غير أنَّ أحدهما يقدَّم لمزيَّة اختصاص [2] ،ألا ترى أنَّ ابني أخيه إذا باعا حصَّتيهما ثبتت الشُّفْعة فيهما له ،[3] وكذلك المشتريان إذا باعا لأجل مزيَّة الاختصاص وجب أن تثبت للآخر،ألا ترى أنَّ واحداً إذا قتل جماعة واحداً بعد واحدٍ فإنَّه يقدَّم الأسبق فالأسبق ؟فإذا عفا ثبت القصاص للذي يليه؛لأنَّ سبب الاستحقاق للجماعة واحد،ولكن يقدَّم لمزيَّة السبق،فإذا سقط حقُّه ثبت للذي يليه[4] فكذلك هذا.

والذي ذكره يبطل به إذا كانت الأرض لثلاثة ،فباع أحدهم حصَّته فثبتت الشُّفْعة للآخَرين، ثمَّ عفا أحدهما، فإنَّ الشُّفْعة للجميع ثبتت للآخر،وإن كان حقُّ الشُّفْعة لم يثبت في حصَّة العافي بالعقد. [5] ،ثمَّ المعنى في الجار أنَّ حقَّ الشُّفْعة ما ثبت له بالعقد،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّ حق الشُّفْعة ثبت له بالبيع ؛بدليل ما ذكرناه.

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٥٦،المهذب ٢/٢٢١،التهذيب ص٥٣٩، فتح العزيز ٥/٥٢٩.
قال النووي بعد ذكره هذا الوجه (ينبغي أن يكون هذا الثّاني أصح) الروضة ٥/١٠٠.

[2] وهي اختصاصه بالقرب .
انظر/ المهذب ٢/٢٢١.

[3] لأنّهما شريكيه فثبتت له الشُّفْعة.

[4] انظر/ المهذب٢/٢٢١،البيان ٧/١٥٢.

[5] وهو أصح الأوجه ،وستأتي هذه المسألة في ص٣٩٧.
انظر/ الروضة ٥/١٠٢.

[٤٢] مســألــة

قال المزني: ((**وَهَذَا** [١] **أَصَحُ مِنْ أَحَدِ قَوليهِ: إنَّ أَخَاهُ أَحَقُّ بنَصِيبهِ ،وفِي تَسْـــوِيتِهِ بينَ الْشَّفِيعَينِ عَلَى كَثْرَة مِا لِلعَمِّ عَلَى الأَخِ قَضَاءٌ لأَحَدِ قَولِيهِ عَلَى الآخَرِ فِي أخْــذِ الشُّفْعة** [٢] **بِقَدرِ / الأنصِبَاءِ**)). [٣]

٢٦٧/أ/٥

وهذا كما قال.

إذا كانت أرض بين جماعة وحصصهم مختلفة المقدار ،فباع أحدهم حصَّتـــه ثبـت للآخرين،وهل يقسم ذلك على عدد الرؤوس، أو على قدر الأَنصباء ؟

فيه قولان:

أحدهما:بقدر الأَنصباء [٤] ،وهو قول مالك [٥] وعطاء [٦] وأحمد[٧] وإســحاق [٨] والحسن البصري [١] وسوَّار [٢] وعبيد الله بن الحسن العنبري. [٣]

---

[١] في المختصر المطبوع (هذا)ص١٣١.

[٢] في المختصر المطبوع (الشُّفعاء)ص١٣١.

[٣] وتمام ما في المختصر المطبوع(ولم يختلف قوله في المعتقين نصيبين من عبد أحدهما أكثر من الآخــر في أن جعل عليهما قيمة الباقي منه بينهما سواء إذا كانا موسرين قضى ذلك من قوله على ما وصفنا. قــال الشَّافعيّ رحمه الله: ولورثة الشَّفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد امرأته وابنــــه في ذلك سواء. قال المزني: وهذا يؤكد ما قلت أيضًا.)ص١٣١.

[٤] وهو الأظهر.

انظر/ الأم ٣/٤،الإشراف لابن المنذر ٥١/١،الحاوي ٢٥٦/٧،التهذيب ص٥٣٦،الروضة ١٠٠/٥.

[٥] انظر/ الاستذكار ٢٨٠/٢١-٢٨١،القوانين الفقهية ص١٨٩،مختصر خليل ص٢٣٤.

[٦] تقدمت ترجمته في ص٢٩٢ .

انظر قوله في الإشراف لابن المنذر ٥١/١،المحلى ٩٩/٩،الاستذكار ٢٨١/٢١،المعاني البديعــة في معرفــة اختلاف أهل الشريعة ٥٥/٢.

[٧] وهو الصحيح في المذهب ،وفي رواية أنَّها على عدد الرؤوس .

انظر/ المغني ٧/ ٤٩٧،الإنصاف ٢٠٢/٦، المبدع ٢١٣/٥.

[٨]تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

والقول الآخر:أنّه على عدد الرؤوس،وهو قول أبي حنيفة [٤] وابـــن أبي ليلـــى [٥] وابن شبرمة [٦] والشعبي [٧] والنخعي [٨] واختيار المزني [١] .

=

وانظر قوله في الإشراف ٥١/١،المحلى ٩٩/٩،المغني ٤٩٧/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشـريعة ٥٥/٢.

[١] تقدمت ترجمته ص٢٩٢.

وانظر قوله في الإشراف ٥١/١،المحلى ٩٩/٩،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٥/٢.

[٢] تقدمت ترجمته ص٢٨٥.

وانظر قوله في المراجع السابقة .

[٣] تقدمت ترجمته ص٩٢.

انظر/ الإشراف ٥١/١،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٥/٢.

[٤] انظر/ المبسوط ٩٧/١٤،مختصر اختلاف العلماء ١٤٨/٤، مختصر الطحاوي ص١٢١، طريقة الخـــلاف ص٣٦١،البناية في شرح الهداية ٣٤٨/١٠.

[٥] تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

وانظر قوله في البناية شرح الهداية ٣٤٨/١٠،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٥/٢.

[٦] تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

وانظر قوله في الإشراف ٥١/١،المحلى ٩٩/٩،البناية شرح الهداية ٣٤٨/١٠، المغني ٤٩٧/٧،المعاني البديعـة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٥/٢.

(٧)عامر بن شراحبيل بن عبد بن ذي كبار- وذو كبار قيل من أقيال اليمن- أبو عمرو الهمداني ثم الشعبي ويقال هو عامر بن عبد الله ،مولده في خلافة عمر بن الخطاب ﷺ لست سنين خلت منها فهذه رواية ،وقيل ولد سنة إحدى وعشرين ،وحدث عن سعد بن أبي وقاص وسعيد بن زيد وأبي موسى الأشعري وعدي بن حاتم وغيرهم ،روى عنه الحكم وحماد وأبو إسحاق وإسماعيل بن أبي خالد وعاصم الأحـول ومكحول وغيرهم.مات سنة (١٠٤هـ)

انظر/ لسان الميزان ٥٠٩/٧،سير أعلام النبلاء ٢٩٤/٤.

وانظر قوله في مصنف عبد الـــرزاق ٨٥/٨ الإشـــراف ٥١/١،المحلـــى ٩٩/٩،البنايـــة شـــرح الهدايـــة ٣٤٨/١٠،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٥/٢.

[٨] هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل بن سعد بن مالك بـــن النخـــع النخعي اليماني ثم الكوفي أبو عمران أحد الأعلام ،روى عن مسروق ،وعلقمة بن قيـــس، وعبيـــدة السلماني ،وأبي زرعة البجلي،وغيرهم ،روى عنه الحكم بن عتيبة، وعمرو بن مرة ،وحمـــاد بـــن أبي

=

واحتجَّ من نصره:

بأنَّ كلَّ واحد منهما لو انفرد لأخذ جميع المال بمثل سبب صاحبه،فإذا اجتمعا وجب أن يتساويا؛الدليل عليه:الابنان والأخوان.[2]

قالوا:ولأنَّ الشُّفْعة لو كان بقدر الأنصباء لوجب إذا كانت الأرض بين اثنين لأحدهما السدس،والباقي للآخر فباع صاحب الكثير حصَّته منهما أن لا يكون لصاحب السدس إلا بقدر السدس،وقد أجمعنا على أنَّه يأخذ بالسدس جميع حصَّة البائع،فدلَّ على أن الاعتبار بعدد الرؤوس لا بمقدار الحصص.[3]

قال المزني:ولأنَّ عبداً لو كان بين ثلاثة لأحدهم النِّصف،وللآخر الثلث،وللآخر السدس ثمَّ أعتق صاحب النِّصف والسدس حصتيهما وهما موسران عتق الجميع،وكان ضمان الثلث عليهما بالسوية [4] ،فكذلك هذا.

قال:ولأنَّ الشَّافعيّ نصَّ على أنَّ الشُّفْعة إذا ثبتت لرجل ثمَّ مات،وخلف ابناً وزوجةً أنَّهما يستويان فيها [5] فسوَّى بين الابن والزَّوجة؛وذلك دليل على أنَّ الاعتبار بعدد الرؤوس.

سليمان تلميذة. مات سنة ست وتسعين ،وفي سن إبراهيم قولان أحدهما عاش تسعاً وأربعين سنة، الثاني أنه عاش ثمانياً وخمسين سنة.

انظر/ سير أعلام النبلاء ٥٢٠/٤ .

وانظر قوله في مصنف عبد الرزاق ٨٥/٨ الإشراف ٥١/١،المحلى ٩٩/٩،البناية شرح الهداية ٣٤٨/١٠،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٥/٢.

[1] كما يدل عليه قوله(وهذا أصح من أحد قوليه ....) مختصر المزني ص١٣٩.

[2] أي كالأبناء إذا أنفرد أحدهم بالتركة أخذ جميع المال ،وإذا اجتمعوا اقتسموا المال على قدر رؤوسهم ؛فكذلك في الشُّفْعة .انظر/ البيان ١٤٤/٧.

[3] انظر/البيان ١٤٤/٧، المبسوط ٩٧/١٤ طريقة الخلاف ص٣٦٢،البناية في شرح الهداية ٤٧٧/٨.

[4] انظر/ مختصر المزني ص١٣١،الحاوي ٢٥٦/٧، البيان ١٤٤/٧،فتح العزيز ٥٢٨/٥.

[5] انظر/ مختصر المزني ص١٣١،فتح العزيز ٥٢٨/٥.

والدليل على أنّها على قدر الأنصباء: أنّه حقٌّ مستفاد بالملك ،فوجب أن يتقسَّط بين الأملاك [(١)] على قدر الأملاك؛أصله ثمرة البستان،وغلّة الدَّار،والعبد [(٢)] ،ونتاج البهيمة إذا كانت بينهم ،فإنَّ النَّماء يتقسَّط على قدر حصصهم منها.[(٣)]

فإن قيل: لا نسلِّم أنَّ الشُّفْعة تستحقُّ بالملك وإنَّما تُستحقُّ بخوف التَّأذِّي على الدَّوام.

فالجواب: أنَّ الشُّفْعة تستحقُّ بالملك لأجل خوف التأذِّي على الدَّوام، فيكون خوف التأذِّي على الدَّوام علّة الاستحقاق،والملك شرطاً في ذلك [(٤)] ؛ألا ترى أنّه إذا لم يكن له ملك لم تثبت له الشُّفْعة [(٥)] ،وكذلك إذا ثبتت له الشُّفْعة و لم يعلم حتى باع شقصه ثمَّ علم لم تثبت له الشُّفْعة؛لأنَّ ملكه قد زال،وكذلك لو أنَّ رجلاً لو أوصى برقبة الدَّار لاثنين وبمنافعها لآخر فباع أحدهما حصَّته من الدَّار كانت /الشُّفْعة لشريكه الآخر في الدَّار دون الموصى له بالمنافع وهو يخاف التأذي على الدَّوام؛لأنَّه استحق المنافع على الدَّوام،فدلَّ ذلك على أن الملك شرط في ثبوت المنفعة؛لأجل خوف التأذِّي على الدَّوام.

قال القاضي [(٦)] :ولو قلت حقَّاً [(٧)] يستفاد بسبب الملك كان صحيحاً ،و لم يكن لهم هذه المناقضة ؛لأنَّه لا خلاف أنَّ الملك سبب في استحقاق الشُّفْعة [(٨)] ،وخوف التأذِّي على الدَّوام علّة فيه؛لأنَّ الشُّفْعة لا تثبت إلا إذا وجد الملك،وهذا كما

---

(١) كذا في المخطوط ولعل الصواب المُلاك.

(٢) أي أن العبد إذا كان مشتركاً بين اثنين فإنَّ كسبه يكون على مقدار ملكهم فيه .انظر/ فتح العزيز ٢٢٧/٥

(٣) الحاوي ٢٥٦/٧،بحر المذهب ٥/ل ٧٦،المغني ٤٩٧/٧.

(٤)انظر/ الحاوي ٢٥٦/٧-٢٥٧،الاصطلام ١٧٩/٤، البيان ١٤٥/٧، تكملة المجموع للمطيعي ٣٨٧/١٣.

(٥)انظر/ الاصطلام ١٧٩/٤.

(٦) وهو المصنف.

(٧) أي الشُّفْعة.

(٨) انظر/ المبسوط ٩٨/١٤،البناية ٤٧٦/٨.

تقول:إنَّ النِّكاح سبب في وجوب الكفَّارة بالظِّهار [1] ،والإحرام سبب في وجوب الكفَّارة بالوطء فيه، فالظهار والعود،وقتل الصيد،والوطء علل لوجوب الغرامات، والنِّكاح والإحرام والصوم أسباب لتلك العلل [2] ،فكذلك الملك سبب في مسألتنا والعلَّة خوف التأذِّي على الدَّوام.

فإن قيل:المعنى في الأصل [3] أنَّ أحد الشُّركاء لو عفا عن حصَّته لم تثبت لسائر شركائه،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّ أحد الشُّفعاء إذا عفا عن حصَّته ثبتت للباقين،فدلَّ على أنَّه لا يتقسَّط بعدد الأملاك.

فالجواب:أنَّ هذه المعارضة لا تصحُّ في الثَّمرة والنتاج؛لأنَّ أحدهم إذا عفا عن حصَّته،وأسقط حقَّه منها كان ثابتاً له بعد العفو والإسقاط ،كما كان ثابتاً له قبله، وإنَّما يصحُّ هذا في غلَّة الدَّار؛لأنَّ الأجرة إذا كانت في ذمَّة المستأجر فأبرأه أحد الشُّركاء عن حصَّته، سقطت حصَّته وصحَّت براءته ولا ترجع تلك الحصَّة إلى الثَّاني، والفرق بينهما على هذا أنَّ المشتري اشترى الشِّقص صفقةً واحدةً،فلو قلنا:إنَّ أحد الشُّفعاء إذا عفا كان للباقين أن يأخذوا ما كان لهم،ويدعوا هذا القدر الذي عفا عنه

---

[1] الظهار مأخوذ من الظهر لأن صورته الأصلية أن يقول لزوجته أنتِ علي كظهر أميٍّ .
وحقيقته الشرعية تشبيه الزوج بزوجته في الحرمة بمحرمه.
انظر/ فتح الوهاب ٢/١٦١،مغني المحتاج ٣/٣٥٢

[2] اختلف العلماء في العلاقة بين السبب والعلة .
فقيل: مترادفان .
وقيل :متباينان ،فالسبب ما كان موصلاً للحكم دون تأثير (أي مناسبة)كزوال الشمس سبب وجوب صلاة الظهر، والعلة :ما أوصلت للحكم مع التأثير كالإتلاف لوجوب الضمان .
وقيل بينهما عموم وخصوص مطلق ،فكلٌّ علة سبب ولاعكس.
انظر/ الحدود الأنيقة ص٧٢،شرح الكوكب المنير ١/٤٤٥-٤٤٨-٤٤٩-٤٥٠-٤٥١،غاية الوصول ص١٣،معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢/٢٣٥-٢٣٦

[3] وهو ثمرة البستان وغلة الدّار ،والولد ونتاج البهيمة .

كان فيه تبعيض للصفقة على المشتري [١] ،وفي ذلك ضرر عليه؛فلهذا رجع حقُّه إذا عفا عنه،وهذا المعنى غير موجود في مسألة الأجرة؛فلهذا إذا عفا عن حصَّته،والأجرة في ذمَّة المستأجر سقط حقُّه منها،ولم يرجع إلى الباقين،وأيضاً فإنَّ الشُّفْعة لهما تُستحقُّ؛ لخوف التأذِّي والضَّرر بالدَّاخل،وهذا المعنى يوجد في حقِّ الكثير أكثر مما يوجد في حقِّ صاحبه القليل،وإذا كان المعنى يختلف فيها ينبغي أن يختلف الاستحقاق أيضاً على حسب اختلاف الأملاك.[٢]

فأمَّا الجواب عمَّا ذكروه من قياسهم على الابنين بعلَّة أن كلَّ واحد منهما لو انفرد أخذ الجميع فهو أن نقول:/ينتقض عليكم بثلاث مسائل:

إحداها:الابن والبنت؛لأنَّ على مذهبكم تأخذ البنت جميع المال فرضاً [٣] ورداً ،وكلُّ واحد منهما إذا انفرد أخذ جميع المال،وإذا اجتمعا اختلفا،ولم يتساويا.[٤]

فإن قيل:لأنَّ سبب أحدهما غير سبب الآخر؛لأنَّ للابن تعصيباً وبه يرث،والبنت لا ترث بالتعصيب.[٥]

قيل:ليس ذلك، والسَّبب فيهما واحد البنُّوة ،غير أنَّ اللَّقب والاسم يختلف فسمِّي ذلك تعصيباً والآخر فرضاً.

والفارس والرَّاجل :[٦] لأنَّ كلَّ واحد منهما إذا انفرد وحضر أخذ المال استحقَّ جميعه،وإن حضرا معاً اختلفا في الأخذ والاستحقاق.[٧]

---

[١] وستأتي هذه المسألة ص٣٥٤.

[٢] انظر/ الحاوي ٢٥٧/٧.

[٣] الفرض :نصيب قدره الشارع للوارث.

انظر/ السراج الوهاج ص٣١٩.

[٤] انظر/ العناية على الهداية مطبوع مع تكملة فتح القدير ٣٧٨/٩،طريقة الخلاف ص٣٦٢.

[٥] انظر/ البناية ٤٧٨/٨، العناية ٣٧٨/٩.

[٦] وهذه المسألة الثَّانية.

[٧] انظر/ البيان ١٤٤/٧،المبسوط ٩٨/١٤، البناية ٤٧٨/٨.

والثَّالثة:الغريمان إذا كان لأحدهما ثلاثمائة درهم وللآخر مائتان،فمات غريمهما و لم يخلف إلا مائة درهم،فإن تلك المائة تقسم بينهما مختلفاً [1] وكلٌّ واحد منهما لو انفرد لأخذ جميعها [2] .

ثمَّ المعنى في الأصل أنَّهما يستحقَّان ذلك بالبنوَّة وسببهما واحد فتساويا [3] ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّهما مستحقان للشُّفعة بالملك على ما قرَّرناه [4] ،والملك مختلف،فاختلفوا في استحقاقه.

وأمَّا الجواب عن قولهم :إنَّه لو انفرد صاحب القليل أخذ الجميع ، فلو كان يستحقُّه بالملك لأخذ البعض على قدر ملكه:فهو أنَّه إنَّما يأخذ جميعه حتى لا يؤدِّي ذلك إلى تبعيض الصَّفقة على المشتري؛لأنَّه اشترى جميع الشِّقص صفقة واحدة،فلو جعلنا للشفيع الأخذ بالشُّفْعة على قدر ملكه تبعَّضت الصَّفقة على المشتري،وليس كذلك حال الاجتماع؛لأنَّ الصَّفقة لا تتبعض عليه إذا جعلناه لأحد الشُّفعاء أن يأخذ بقدر ملكه؛ لأنَّ جميع الشِّقص الذي اشتراه يؤخذ منه،ولهذا إذا عفا أحدهم كان للباقين أخذ الجميع وليس لهم التبعيض [5] .

وأمَّا الجواب عمَّا ذكره المزني [6] :فهو أنَّ ذلك[7] إتلاف ،وضمان التَّلف

---

[1] على قدر دينهما .

[2] انظر/ المبسوط ١٤/٩٨.

[3] هذا يعود للمسألة الأولى.

[4] في ص ٣٤١-٣٤٢.

[5] انظر/ المهذب ٢/٢٢٠.

[6] وهو قوله((لو أن عبداً كان بين ثلاثة لأحدهم النِّصف ،وللآخر السدس ثمَّ أعتق صاحب النِّصف والسدس حصتيهما وهما موسران عتق الجميع ،وكان ضمان الثلث عليهما بالسوية))المتقدم في ص٣٤٠.

[7] أي العتق.

لا يختلف على حسب اختلاف أسباب التَّلف [١] ؛ألا ترى أنّه إذا طرح أحدهما في الخلّ وزن دانق [٢] من النَّجاسة ،والآخر وزن درهم نجاسة وأكثر ،وكان الطرح دفعة واحدة كان الضَّمان عليهما بالسَّويَّة [٣] ،وكذلك إذا جرحه أحدهما جراحه والآخر مائة جراحه ثمّ مات كان الضَّمان عليهما بالسَّويَّة [٤] ،وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّه استحقاق حقٌّ بالملك على مابيَّنّاه [٥] فقسِّط على قدره .

فإن قالوا ليس يلزمكم إلا الملك إلا للثلث، فإنَّهما استفاداه بملك أحدهما النَّصف ،والآخر السدس حتى نفذ فيه عتقهما [٦] .

فالجواب/ أنَّهما لم يستفيداه [٧] بملكهما،وإنَّما استفاداه بالإتلاف،يدلك على صحة هذا أنَّهما يملكانه [٨] بعد زوال ملكهما للنصف والسدس ،ولو استفاداه بالملك لسقط بزواله كما تقول في الشُّفْعة .

---

[١] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٧،فتح العزيز ٥٢٨/٥.

[٢] الدانق في اللغة:معرب مأخوذ من اليونانية وهو نوع من الأوزان وربما قيل داناق، وتفتح النون وتكسر ،وبعضهم قال الفتح أفصح ،وجمع المكسور دوانق وجمع المفتوح دوانيق ومقداره حبتا خرنوب.

واصطلاحاً:هو نوع من الأوزان مقداره سدس درهم ،والدانق الإسلامي حبتا خرنوب وثلثا حبة؛ لأنَّ الدرهم الإسلامي ستة عشر حبة .

انظر/ غريب الحديث للبستي ١/ ٤٥٦،والنهاية ١٣٧/٢،لسان العرب ٤١٧/٤،المقادير الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بها ص٤٢،معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٧٤/٢.

[٣] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٧.

[٤] انظر/ المرجع السابق ،والبناية ٤٧٨/٨.

[٥] في ص٣٤١-٣٤٢.

[٦] لم يتضح المعنى ولعل في الكلام سقطاً.

[٧] أي عتق ثلث العبد ،وهو نصيب الشريك الذي لم يعتق .

[٨] أي يملكان عتق ثلث العبد .

وجواب آخر وهو: أنّهما ما استفادا الملك،وإنَّما ثبت لهما من طريق الحكم تبعاً للعتق،وليس يجري مجرى حكم الأملاك؛لأنَّ الملك ما كان مستقرّاً أو حصل للمالك به منفعة التَّصرُّف،وهذا الملك تبع للإتلاف فكان حكمه حكم الإتلاف.[1]

فأمَّا الجواب عمَّا ذكره المزني من الابن والزَّوجة فهو: أنَّ أبا إسحاق [2] قال:هذه المسألة لا نعرفها للشَّافعيِّ،والذي يقتضيه المذهب أنَّه إذا مات وخلف ابناً وزوجةً ورثا الخيار ،فاستحقَّاه من حيث أنَّهما ورثاه لا من حيث أ نَّهما ورثا الملك ،فاستحقَّاه بالملك [3] ؛لأنَّ الملك يتأخَّر،وإذا تأخر الملك عن حال البيع لم تثبت به الشُّفْعة و لم يُستَحقَّ به،فإذا كان كذلك كان الخيار بينهما على قدر سهام الميراث ،فلها الثُّمن،وللابن سبعة أثمانه.[4]

ومن أصحابنا من قال:إنَّ الورثة تقوم مقام الموروث في الخيار،وفي الملك فيستحقُّون الخيارَ بالملك الذي ثبت لهم كما كان يستحقُّه الموروث.

فعلى هذا تكون المسألة على قولين: [5]

أحدهما:على عدد الرؤوس.

والثَّاني:على قدر الملك .

فيكون الشَّافعيّ قد أجاب في المسألة التي ذكرها المزني عنه على أحد القولين دون القول الآخر،والله أعلم.

---

[1] ومن الشَّافعيّة من لم يسلم هذه المسألة وجعلها على القولين ،القسم على عدد الرؤوس أو على عدد الأنصباء .انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٧.

[2] المروزي وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٧.

[4] لأن الزَّوجة إذا كان معها ابن كان لها الثُّمن فرضاً وللابن الباقي تعصيباً.

-وهذا أصح الطرق.

انظر/ فتح العزيز ٥/٥٢٩،الروضة ٥/١٠١.

[5] وهذا الطريق الثَّاني .

والطريق الثَّالث :القطع بالتسوية بينهما .

انظر/ المرجعين السابقين.

فـــصـــل

خيار الشُّفْعة موروث،فإذا ثبتت الشُّفْعة للشَّفيع،ومات قبل أن يأخذها كان لورثتـــه أخذها [١] .وبه قال مالك [٢] وربيعة [٣] وأحمد [٤] وإسحاق [٥] وأبـــو ثـــور [٦] ،وهو قول الحسن البصري [٧] وسوار [٨] وعبيد الله بن الحسن العنبري [٩] .

وقال أبو حنيفة [١٠] والثوري [١١] :لا يورث ويبطل بموته.

واحتجَّ من نصرهما بثلاثة أشياء:

---

[١] انظر/ الإشراف لابن المنذر ٤٩/١،الحاوي ٢٥٧/٧،التنبيه ص١١٨،فتح الجواد ٥٦٣/١.

[٢] انظر/ الاستذكار ٢٧٨/٢١،القوانين الفقهية لابن جزئ ص١٨٦.،الإشراف للقاضي عبـــد الوهـــاب ٥١/٢،عيون المجالس ١٧٧٠/٤-١٧٧١.

[٣] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.و لم أعثر على من نسب له هذا القول.

[٤] إن مات الشَّفيع قبل طلبها لم يستحق الورثة الشُّفْعة على الصحيح من المذهب ،وقيل للورثة المطالبة وهو تخريج لأبي الخطاب،وإن مات بعد المطالبة بها استحقَّها الورثة.

انظر/ المغني ٥١٠/٧،الإنصاف ٢١٧/٦-٢١٨،الروض المربع ٤٤٩/٥.

[٥] تقدمت ترجمته ص ٢٨٣،ونقل ابن المنذر في الإشراف٤٩/١، وابن حزم في المحلى ٩٦/٩، وابن قدامه في المغني٥١٠/٧،ومحمد بن عبدالله الصَّردفي الريمي في المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٧/٢ عن إسحاق أن خيار الشُّفْعة لايورث.

[٦] تقدمت ترجمته ص١٤٧،و لم أعثر على من نسب له هذا القول.

[٧] تقدمت ترجمته ص٢٩٢.،ونقل ابن قدامه عنه سقوط الشُّفْعة بالموت.

انظر/ المغني ٥١٠/٧.

[٨] تقدمت ترجمته ص٢٨٥.و لم أعثر على من نسب له هذا القول.

[٩] تقدمت ترجمته .

وانظر/ بحر المذهب ٩/ل ٧٦،البيان ١٦١/٧،المغني ٥١٠/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشـريعة ٥٧/٢.

[١٠] انظر/ المبسوط ١١٦/١٤،اللباب١١٣/٢،البدائع ١٠٦/٤.

-والخلاف في هذه المسألة نظير الخلاف في خيار الشرط هل يورث أم لا؟.

[١١] تقدمـــت ترجمتـــه ص٢٨٤، انظـــر/ الإشـــراف ٤٩/١،بحـــر المذهـــب ٩/ل ٧٦،المحلـــى ٩٦/٩،المغني٥١٠/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٧/٢.

أحدهما: أنَّه خيار يملك به مال، أو خيار يستجلب به مال، فوجب أن لا يكون موروثاً كخيار القبول والإقالة [1]، ولأنه خيار لا يجوز أخذ العوض عليه فوجب أن لا يورث كخيار نفي النَّسب؛ لأنَّه إذا ثبت له نفي النَّسب، ومات قبل أن ينفيه لم يكن للورثة نفيه [2]، ولأنَّكم إذا قلتم إنَّ الخيار لا يبطل بموت الشَّفيع، وأنَّه يثبت للوارث لم يخلُ **من ثلاثة أحوال:**

إمَّا أن يقال: إنَّ للوارث أن يأخذه بما تجدَّد من ملكه بعد موت الشَّفيع، أو بالملك الذي كان للموروث قبل موته، أو يكون ذلك باقياً على ملك الموروث.

فبطل أن يقال: إنَّه يأخذه بما تجدَّد من ملكه بعد موت الشَّفيع، أو بالملك الذي كان للموروث قبل موته، أو يكون ذلك باقياً على ملك الموروث .

فيبطل أن يقال [3]: إنَّه يأخذه بما تجدَّد من ملكه؛ لأنَّ الملك إذا تأخرَّ عن العقد لم تملك به/ الشُّفْعة، ألا ترى أنَّ الشَّفيع إذا باع الشِّقص لم يكن للمشترى منه أن يأخذ الشُّفْعة التي كانت ثابتة له؟، لأنَّ ملكه تجدَّد بعد ثبوتها [4] .

٥/ل/٢٦٩أ

وبطل أن يقال: إنَّه يأخذه بما كان للمورِّث من الملك؛ لأنَّ الإنسان لا يستحقُّ الشُّفْعة في الشِّقص بما كان لغيره من الملك.

وبطل أن يقال: إنَّه باق على ملك الميت؛ لأنَّ ملكه قد زال بموته، فإذا بطلت هذه الأقسام لم يبق إلا أنَّ الشُّفْعة بطلت بموته، وإذا بطلت بموته لم تثبت بعد ذلك لوارثه.[5]

---

[1] وذلك أن يقول البائع لرجل بعتك فقبل أن يقول المشتري قبلت مات .أو قال أحد المتبايعين لآخر أقلتك فقبل أن يقول قبلت مات لم ينتقل خيار القبول والإقالة للورثة .انظر/ البيان ١٦١/٧.
وانظر/ بدائع الصنائع ٥٣٤/٤، المغني ٥١٠/٧.

[2] انظر/ البيان ١٦١/٧.

[3] وهذا تفصيل بعد إجمال .

[4] انظر/ المبسوط ١١٦/١٤، بدائع الصنائع ٥٣٥/٤.

[5] انظر/ المرجعين السابقين.

ودليلنا:

أنَّه خيار ثابت لإزالة الضَّرر عن المال ،فجاز أن يكون موروثاً،أصله خيــــار الـــرَّدِّ بالعيب. [1]

فإن قيل:هذا يبطل بخيار القبول فإنَّه لإزالة الضَّرر،ولا يورث.[2]

فالجواب: أنَّه ليس بثابت؛لأنَّ للبائع أن يسقط ذلك الخيـــار مـــا لم يقبـــل المشتري [3]،وهذا الخيار [4] ثابت له ليس لغيره أن يسقطه،وما كان ثابتاً وورث [5] ما لم يكن ثابتاً لم يورث [6] ؛لأنَّه يبطل بالموت،ولأنَّ خيار القبول ليس لإزالة الضَّـــرر من المال،فلم يدخل ما قلناه.

فإن قيل: لا نسلِّم أنَّ خيار العيب موروث [7] ؛لأنَّه يثبت للوارث ابتداء و لا ينتقـــل إليه من موروثه،ألا ترى أنَّه إذا مات والسلعة في يد البائع ثمَّ حدث بها عيب فتسـلَّمها الوارث وبها ذلك العيب كان له الرَّدُّ،وذلك الخيار ما كان يثبت للمشتري.[8]

فالجواب: أنَّه ليس كذلك؛لأنَّ ذلك الخيار إنَّما يستحقُّ بالعقد المتقدِّم عنـــد إصابـــة العيب،والعيب الحادث قبل التَّسليم بمنزلة الموجود ؛لأنَّه مالم يسلِّمها فهي مضمونـــة عليه [9] ،وإذا كان كذلك إنَّمـــا يســـتحقُّ بـــالعقد،ويحصـــل الحـــادث بمنزلـــة

---

[1] انظر/ الحاوي ٢٥٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ٧٦،المهذب ٢٢٣/٢.

[2] انظر/ المغني٧/ ٥١٠.

[3] انظر/ البيان ١٦١/٧.

[4] وهو خيار الأخذ بالشُّفْعة.

[5] كذا في المخطوط ،ولعل الصواب (وما كان ثابتاً وُرث ،وما لم يكن ثابتاً لم يورث).

[6] انظر/ البيان ١٦١/٧.

[7] وإنَّما هو عند الحنفية سبب لخيار يستقر في حق الوارث ،وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفـــائت بالعيب .

انظر/ المبسوط ٤٣/١٣.

[8] انظر/ المبسوط ٤٣/١٣،بدائع الصنائع ٣٥٣/٤.

[9] أي على البائع .

الموجود[1]،وقد قام مقامه في الموجود،فكذلك في الحادث،والـذي يؤكّـد هـذا أنّ المسبِّب يلحق بالسّبب؛ألا ترى أنّه إذا حفر بئراً ومات ووقعتْ فيـها بهيمـة لزمـه الضمان، وتكون بمترلة الموجود في حال حياته؟ [2]

فإن قيل:المعنى في خيار العيب أنّه يَسْقُط إلى مال ويؤول إليـه،وليـس كذلـك في مسألتنا؛ فإنّ خيار الشُّفْعة لا يَسْقُط إلى مال ولا يؤول إليه؛فلهذا لم يورث.[3]

فالجواب: أنّ معارضة الفرع تبطل بخيار المرتهن ؛فإنّه لا يسقط إلى مال ومع هذا فإنّـه يورث، ثمّ إنّ المال الذي ثبت لأجل العيب إذا سقط الخيـار ليـس ببـدل عـن الخيـار،وإذا لم يكن بدلاً عن الخيار لم يكن فرق بينه وبين مسألتنا؛لأنّ الخيـار في مسألتنا يقصد به المال.

فإن قيل:المعنى في الأصل أنّ خيار الردّ بالعيب يصحُّ المصالحة عنه بمال،وليس كذلـك/ خيار الشُّفْعة ؛فإنّه لا يصحُّ المصالحة عنه بمال.[4]

٥/ل/٢٦٩ب

فالجواب: أنّ لنا وجهين في خيار العيب هل تصحُّ المصالحة عنه بمال؟.

فإن قلنا:لا تصحُّ سوَّينا بينهما. [5]

وإن قلنا:تصحُّ [6] انتقضت عليكم بخيار المرتهن؛فإنّه لا تصحُّ المصالحة عنه بمال،ومـع هذا فإنّه يورث.

---

[1] أي يكون الحادث بمترلة الموجود.

[2] انظر/ الوسيط ٣/٥٠٣.

[3] لعل المعنى أنّ خيار الرد بالعيب المقصود منه المطالبة بتسليم ما هو محل للإرث وهى العين المملوكة. وأما خيار الأخذ بالشُّفْعة فيخيره بين الفسخ والإجازة .

[4] كما سيأتي في ص٤٢٩.

[5] وهو الأصح .

انظر/ الروضة ٣/٤٨٠،كفاية الأخيار ١/٣٤٤.

[6] انظر/ المرجعين السابقين .

وأيضاً فإنَّ حقَّ الشُّفْعة تعلَّق بالشِّقص الذي ملكه المشتري من حيث أنَّه يستحقُّه الشَّفيع ،كما تعلَّق حقُّ الشُّفْعة الذي في يد الشَّفيع من حيث أنَّه يُستحقُّ به الشِّقص ،ثمَّ ثبت أنَّ المشتري إذا مات لم يسقط حقُّ الشُّفْعة الذي ثبت بالشِّقص في يده [(١)] ،ولأنَّ كلَّ مال ورث بحقوقه المتعلِّقة به،ألا ترى أنَّه إذا ورث جارية مزوَّجة ورثها على تلك الحالة مسلوبة الاستمتاع ،وكذلك إذا ورث الرَّاهن الرَّهن ورثه على حالته وثيقة للمرتهن ،وكذلك المكري إذا مات ورث وارثه الدَّار على حالتها مسلوبة المنافع [(٢)] ،وكذلك من ورث الدَّار ورثها بحقوقها ومرافقها،وعلى هذا فكذلك لمَّا ورث الشِّقص ينبغي أن يرثه بحقِّه،ولأنَّ الخيار إنَّما يثبت للشفيع للتأذِّي الذي يلحقه على الدَّوام،وهذا المعنى موجود في حقِّ الوارث كما كان موجوداً في حقِّ المورث.

فأمَّا الجواب عن قياسهم الأول [(٣)] فهو أن نقول:لا نسلِّم أنَّ المال المبيع يملك بالقبول؛لأنَّ المشتري إنَّما يملك البيع بالإيجاب والقبول معاً،ألا ترى أنَّه لو قبل من غير إيجاب لم يكن لقبوله فائدة [(٤)] ؟ ثمَّ هذا يبطل بخيار الرَّدِّ بالعيب؛لأنَّه يستجلب به مال وهو موروث [(٥)] ،ثمَّ المعنى في الأصل أنَّ خيار الإقالة والقبول ليس بثابتٍ؛ ألا ترى أنَّ لصاحبه أن يبطله بالرجوع عن إيجابه وإقالته،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّه خيار ثابت فكان موروثاً [(٦)] ألا ترى أنَّ ما كان لازماً من العقود لم يؤثِّر فيه الموت،وما كان جائزاً منها أثَّر فيه الموت فأبطله كالوكالة [(٧)] والشركة [(٨)] وغيرهما.

---

(١) انظر/ الوسيط٤/٨٢،الروضة ٥/٨٨.

(٢) ستأتي هذه المسألة في كتاب الإجارة ص٧٥٧.

(٣)وهو قياسهم خيار الشُّفْعة على خيار القبول المتقدم في ص٣٤٩.

(٤) انظر/ التنبيه ص٨٧،الروضة ٣/٣٣٨

(٥) كما تقدم في ص٣٤٩.

(٦) البيان ٧/١٦١.

(٧) انظر/ الوجيز ١/١٩٣،المنهاج مع مغني المحتاج٢/٢٣١.

(٨) انظر/ المنهاج مع مغني المحتاج٢/٢١٥.

وأمَّا الجواب عن قياسهم على خيار النفي:[1]فهو أنَّه يبطل بخيار الرهن؛لأنَّه لا يصح أخذ العوض عنه ويورث.

ثمَّ المعنى في الأصل :أنَّ النفي لا يتصوَّر من جميع الورثة؛لأنَّ المنفيَّ منهم،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّه خيار ثابت لإزالة الضَّرر عن المال [2] ،والمعنى الذي ثبت له حقٌّ في الموروث ثابت في الوارث فوجب أن يكون موروثاً.

وأمَّا الجواب عن التقسيم الذي ذكروه [3] فهو أن نقول:هذا يبطل عليكم بالردِّ بالعيب؛لأنَّه تنقسم على ما ذكرتموه؛لأنَّه لا يجوز أن يردَّه لأجل الملك الذي تجدَّد له،ولا يجوز أن يردَّه بالملك السابق/ لموروثه؛ ألا ترى أنَّ المشتري إذا باع سلعة قبل أن يعلم بالعيب ثمَّ علم به لم يكن له ردُّه؟ولا أخذ الأرش [4] ؟ولا يجوز أن يقال :إنَّ الملك باق له بعد البيع،وكلُّ جواب لهم عن هذا فهو جوابنا عن التقسيم الذي ذكروا.

٥/ل/٢٧٠

ثمَّ الفرق بين الوارث وبين المشتري:

أنَّ الوارث يقوم مقام الموروث في أملاكه وحقوقه ،فقام مقامه في الخيار،وليس كذلك المشتري فإنَّه لا يقوم مقام البائع في الحقوق التي تثبت له؛ فلهذا فرَّقنا بينهما.

---

[1] أي خيار نفي النسب كما تقدم ص٣٤٨.

[2] وأما خيار نفي النسب فهو لدفع الضَّرر عن النسب .
انظر/ البيان ١٦١/٧.

[3] وقد تقدم في ص٣٤٨.

[4] وهو الأصح ،وفي وجه له الأرش.
انظر/ المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٥٦/٢.

فــصــل

إذا ثبت أنَّه موروث فهو على ما ذكرنا من الخلاف بين أصحابنا. [1]

فعلى قول أبي إسحاق:[2] يرثون الخيار،ويستحقّونه على قدر سهامهم قولاً واحداً ،ولا يستحقّونه بالملك.

وعلى قول غيره: يستحقّونه بالملك الذي يرثونه فتكون المسألة على قولين:

أحدهما: على عدد الرؤوس.

والثَّاني: على قدر الأملاك. [3]

إذا ثبت هذا فيثبت الخيار لجماعة من الورثة ،ثمَّ [لو] [4]عفا أحدهم عن الشُّفْعة فهل يسقط حقُّ الباقين أم لا؟

فيه وجهان:[5]

أحدهما: يسقط [6] ؛لأنَّهم قاموا مقام موروثهم لو عفا عن بعض شفعته سقط الجميع فكذلك هؤلاء.[7]

والثَّاني: لا يسقط [8] ويكون للباقين أخذ الجميع كجماعة الشُّفعاء إذا عفا أحدهم رجع حقُّه إلى الباقين،فكان لهم أخذ الجميع،فكذلك هذا [9] ،والله أعلم.

---

[1] كما تقدم ص٣٤٧.

[2] المروزي تقدمت ترجمت ص١٤٠.

[3] وقد تقدم أن المذهب القسمة على قدر الأملاك.

[4] لعل[لو] ساقطة،كما يدل عليه السياق .

[5] قال النووي (فلو ثبتت لواحد فمات عن ابنين ،فعفا أحدهما ،فهل هو كما لو ثبتت لواحد فعفا عن بعضها أم كثبوتها لاثنين عفا أحدهما ؟.وجهان أصحهما الثّاني)الروضة ١٠٢/٥.

[6] وهو قول أبي على بن أبي هريرة ،انظر/ الحاوي ٢٥٩/٧،المهذب ٢٢٣/٢.

[7] انظر/ المرجعين السابقين والبيان ١٦٢/٧.

[8] وهو اختيار أبي حامد .انظر/ الحاوي ٢٥٩/٧،المهذب ٢٢٣/٢.

قال الروياني (وهو الصحيح)بحر المذهب ٩/ل ٧٦.

[9] انظر/ الحاوي ٢٥٩/٧،البيان ١٦٢/٧

[٤٣] مسـألـة

قال الشَّافعيّ: ((**فَإِنْ حَضَرَ أَحَدُ الشُّفَعَاءُ أَخَذَ الْكُلّ بِجَمِيعِ الثّمَنِ،وَإِنْ [١] حَضَـرَ الثّاني [٢] أَخَذَ مِنْهُ النّصفَ بِنِصْفِ الثّمَنِ،فَإِنْ حَضَرَ الثّالِثُ [٣] أَخَذَ مِنْهُمَا الثُّلُث بِثُلُثِ الثّمَنِ حَتَّى يَكُونُوا سَوَاء،فَإِنْ كَانَ الاثْنَان اقْتَسَمَا كَـانَ لِلثّـالِثِ نَقْـضُ قِسْمَتهِمَا، فَإِنْ سَلّمَ بَعْضُهُمْ لَمْ يَكُنْ لِبَعْضٍ إلا أَخْذُ الْكُلّ أَوْ التّرْكُ**)) [٤] .

وهذا كما قال.

إذا كانت الدّار أو الأرض بين أربعةٍ فباع أحدُهم حصّته من رجلٍ ،ثبت للثّلاثة حـقُّ الشُّفْعة،ولا يخلو حالهم من أحد أمرين:

إمّا أن يكونوا حضوراً أو غُيّباً.

فإن كانوا حضوراً :فإن عفوا استقرّ الشّقص للمشتري،وإن أخذوه استقرّ لهم على ما ذكرنا [٥] ،وإن عفا أحدهم رجع حقّه إلى الآخرين.[٦]

فأمّا إذا كانوا غُيّباً فإنّ حقّ الشُّفْعة ثابت لهم،ولا يبطل بغيبتهم ؛ لما ذكرنا فيمـا مضى [٧].

فإذا ثبت أنّ حقّ الشُّفْعة ثابت لهم فإن رجع أحدهم نُظر:

فإن عفا عن الشُّفْعة صحّ عفوه،وسقط حقّه،وإن لم يعفُ وأراد الأخذَ قلنا له:إمـا أن تأخُذ الكلّ أو تدَع الكلّ ،وليس له أن يأخذ ما يخصه دون ما يخص الآخريـن [١] ؛ **لمعنيَيْن:**

---

(١) في المختصر المطبوع (فإن)ص١٣١.

(٢) في المختصر المطبوع(ثان) ص١٣١

(٣) في المختصر المطبوع(ثالث) ص١٣١

(٤) انظر/ مختصر المزني ص١٣١.

(٥) في الفصل السابق.

(٦) انظر/ الحاوي ٧/٢٦٠،بحر المذهب ٩/ل ٨٢،الوجيز ١/٢١٩.

(٧) من ثبوت حق الشفعة للشفيع.

٥

أحدهما: أنَّ الشُّفْعة لإزالة/ الضَّرر؛ فلا يجوز أن يزيل الضَّرر عن الشَّفيع بضرر يدخل على المشتري؛ بتبعيض الشُّفْعة عليه.[٢]

وليس هاهنا شفيع مطالب غيره،والظَّاهر أنَّ الحقَّ له دون غيره ،ولا يدرى حال الآخرين،وإذا كان الظَّاهر كذلك كان كما لو لم يكن غيره أصلاً [٣] .

إذا ثبت هذا فإن أخذ جميع الشِّقص بجميع الثَّمن ثمَّ رجع الثَّاني، فإن عفا عن حقِّه سقط حقُّه،وبقي الشِّقص على ما كان عليه في يد الأول،وإن أراد أن يأخذ الشُّفْعة رجع على الأول بنصف الشِّقص وأخذه بالشُّفْعة،وليس له أن يقول لا آخذ إلا حصتي للمعنى الثَّاني [٤] ،وهو أنَّ الظاهر أنَّه لا شفيع غيرهما وهو كما لو لم يكن غيرهما أصلاً ولا يجيء هاهنا المعنى الأول،وهو التبعيض؛لأنَّ الصَّفقة هاهنا لا تتبعَّض على المشتري؛لأنَّ الشِّقص خرج من يده وملكه.

وإذا رجع الثَّالث فإن عفا سقط حقُّه واستقرَّ الشِّقص للآخَرَيْن على ما اقتسماه لكلِّ واحد نصفه،وإن كان أخذ الشُّفْعة أخذ الثُّلث فجعل في يد كلِّ واحد منهم الثلث،وهو حقُّه [٥] .

إذا تقرَّر هذا وحصل الشِّقص في أيديهم على ما ذكرنا من التَّرتيب، فإن كان الأول استغلَّ الشِّقص وحصلت الغلَّة في يده وتميَّز النَّماء في ملكه مثل أن تكون الأشجار في

---

[١] انظر/ المهذب ٢/٢٢٠،التهذيب ص٥٣٩-٥٤٠.الروضة ٥/١٠٣

[٢] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٢،التهذيب ص٥٤٠.

[٣] وهذا المعنى الثَّاني .

[٤] انظر/ الحاوي ٧/٢٦٠،بحر المذهب ٩/ل ٨٢،مغني المحتاج ٢/٣٠٦.

-وفي وجه أنَّ للثَّاني أن يقتصر على حصَّته .قال النووي (...فله ذلك على الأصح ؛لأنَّه لا يفرق الحق على الأول)الروضة ٥/١٠٤.

انظر/ الحاوي ٧/٢٦٠،التهذيب ص٥٤٠،فتح العزيز ٥/٥٣٥.

[٥] انظر/ الحاوي ٧/٢٦٠،المهذب ٢/٢٢٠،نهاية المحتاج ٥/٢١٤.

ذلك الشِّقص أثمَّرت كان النَّماء له دون الثَّاني؛[1] لأنَّه تميَّز وهو في ملكه قبل أن يحصل في ملك الثَّاني [2] .

وكذلك الاثنان إذا استغلَّا وتميَّز النَّماء في ملكهما قبل مجيء الثَّالث كان النَّماء والغلَّة لهما و لا حقَّ للثَّالث فيه، كما قلنا في المشتري إذا استغل الشِّقص وأخذ النَّماء المتميِّز ثمَّ أخذه الشَّفيع أنَّ النَّماء يكون للمشتري ،ولا شيء للشفيع منه؛لأنَّه تميَّز في ملك المشتري [3].

وإن كان الاثنان اقتسما الشِّقص قبل مجيء الثَّالث صحَّت القسمة،وثبوت حقِّ الثَّالث لا يمنع صحَّة القسمة[4]،ألا ترى أنَّ المشتري إذا باع الشِّقص صحَّ بيعه ولا يمنع استحِقاق الشَّفيع صحَّة البيع؟.[5]

إذا ثبت هذا،فإذا رجع الثَّالث وطالب بالشُّفْعة كان له نقض القسمة وردُّها، كما للشَّفيع أن يفسخ بيع المشتري إذا طالب بالشُّفْعة [6] .

---

[1] في أصح الوجهين .

انظر/ المهذب ٢/٢٢٠،فتح العزيز ٥/٥٣٤،الروضة ٥/١٠٤،نهاية المحتاج ٥/٢١٤.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٢،البيان ٧/١٤٩.

[3] فتح العزيز ٥/٥٣٤،الروضة ٥/١٠٤،مغني المحتاج ٢/٣٠٦.

وأما إن كانت الزيادة لاتتميَّز كالشجر إذا طال فإن الشَّفيع الثَّاني إذا اختار الأخذ بالشُّفْعة أخذ الشِّقص بزيادته؛لأنَّها زيادة لاتتميَّز ،فتبعت الأصل كالرد بالعيب.

انظر/ البيان ٧/١٤٩.

[4] وذكر الماوردي في الحاوي أنَّ الاثنين إذا أرادا القسمة منعا من ذلك، وإن اقتسما كانت القسمة باطلة ؛لأنَّ في الشِّقص حقاً لشريكهما الغائب . الحاوي ٧/٢٦٣

-وذكر الروياني في بحر المذهب أنَّ القسمة صحيحة، ولكنها تنقض بالمطالبة وإذا عفا شريكهما استمرت القسمة . بحر المذهب ٩/ل ٨٤،و انظر/ فتح العزيز ٥/٥٣٤،الروضة ٥/١٠٤.

[5] سيأتي مزيد تفصيل لهذه المسألة في ص٤٥٦.

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٤،فتح العزيز ٥/٥٣٤.

وإن كان الاثنان ردَّاه بالعيب، على المشتري،ورجع الثَّالث كان له أخذه من المشـــتري [1] ؛لأنَّ أكثر ما في ذلك أنَّهم تركوا حقَّهم،ولو عَفوًا كان للثَّالث أن يأخذ جميــــع الشِّقص فكذلك هذا.

ومتى خرج الشِّقص مستحقاً من أيدي الثَّلاثة رجعوا كلّهم/ على المشـــتري، [2] وإن كان الثَّاني والثَّالث لم يَزنا له ،وإنَّما وزنا لشريكهما؛لأنَّ الشُّفْعة في جميع الشِّـــقص بجميع الثَّمن إنَّما استحقَّت على المشتري وإنَّما كلَّفنا الأوَّل أن يأخذ جميعه أو يتركـه مراعاة لحقِّ المشتري حتَّى لا تتبعَّض عليه الصَّفقة.

فأمَّا إذا حضر الأوَّل من الثَّلاثة،وقال: لا آخذ الجميع ولا أعفو ولكن أنتظر ؛فـــإن حضر شريكاي وعفَوَا أخذت الجميع بالشُّفْعة،وإن طلبا الشُّفْعة أخذ كلٌّ واحد منهما حقَّه،فهل يبطل حقُّه من الشُّفْعة أم لا ؟

قال أبو علي بن أبي هريرة [3] : تبطل؛لأنَّه أمكنه أخذ الشُّفْعة و لم يفعل. [4]

---

[1] انظر/ فتح العزيز ٥/٥٣٤،الروضة ٥/١٠٤.

[2] هذا أحد الوجهين ،والوجه الثاني (أنَّ رجوع الأول على المشتري ،فيسترد منه كلَّ الثَّمن ،ورجـــوع الثَّاني على الأول ،فيسترد منه النَّصف ورجوع الثَّالث على الأول والثَّاني فيسترد ما دفع إليه ،وهـــذا أصح .

ورجح العراقيون الأول .

وقال المتولي :هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة ونقص القيمة ،فأما الثَّمن فكلٌّ يسترد ما ســـلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف). لروضة ٥/١٠٣-١٠٤.

وانظر/ الوجيز ١/٢١٩،فتح اعزيز ٥/٥٣٤.

[3] تقدمت ترجمته ص١٢٦.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢٦١،المهذب، ٢/٢٢٠،بحر المذهـــب ٩/ل ٨٢،التـهذيب ص٥٣٩-٥٤٠،البيـــان ٧/١٤٥.

قال الماوردي (وهو الأظهر)الحاوي ٧/٢٦١.

وقال أبو إسحاق [1] : لا يبطل خياره؛لأنَّ له غرضاً صحيحاً في ذلـــك [2] ،لأنَّـــه يقول:لا آمن إذا وزنت المال [3] أن يرجعا فيأخذا حصَّتهما من الشِّقص،ويتعـــذَّر عليَّ الوصول إلى ما وزنته من حصَّتهما،وإذا كان له في ذلك غرض صحيح لم تبطـل الشُّفْعة [4] .

والذي ذكره أبو عليٍّ ينتقض بالثَّمن إذا كان مؤجَّلاً فأخذه حتى يحلَّ الأجل، فـــإن أمكنه أخذ الشُّفْعة بتعجيل الثَّمن،ولا يبطل بالتأخير.[5]

---

[1] المروزي تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[2] وهو قول أبي العباس بن سريج.

انظر/ الحاوي ٧/٢٦١،المهذب ٢/٢٢٠،بحر المذهب ٩/ل ٨٢،التهذيب ص٥٣٩-٥٤٠،البيان٧/١٤٥.

وهو الأصح .

انظر/ الروضة ٥/١٠٣،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٣٠٦.

[3] يقال: وَزَنَ الـــمُعْطِي و اتَّزَنَ الآخِذُ، كما تقول: نَقَدَ الـــمُعْطِي وانْتَقَد الآخذُ، وهو افتعل، قلبـــوا الواو تاء فأدغموا.لسان العرب ١٣/٤٤٧.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٢،المهذب ٢/٢٢٠،البيان ٧/١٤٥.

[5] كما تقدم في ص٣٣٠.

[٤٤] مســـألـــة

قال: ((وَكَذَلِكَ لَوْ أَصَابَهَا هَدْمٌ مِنَ السَّمَاءِ،إِمَّا أَخَذَ الْكُلَّ بالثَّمَنِ وَإِمَّا تَرَكَ)).[١]

وهذا كما قال.

إذا اشترى حصَّة في دار وانهدم بعض البناء وانفصل عن تأليفه ،وبقي البعض بحالــه ثمَّ طلب الشَّفيع الشِّقص بالشُّفْعة ،فإنَّ المزني نقل أنَّه يأخذه بالكلِّ أو يترك [٢] ،وهكــذا ذكره في التَّفليس.[٣]

قال أبو إسحاق [٤] : نقل المزني ذلك عن رواية حرملة [٥] ،وقال في القديم في روايــة الزعفراني [٦] :يأخذه بحصَّته من الثَّمن.[١]

---

[١] مختصر المزني ص١٣١.

[٢] أما إذا تعيبت من غير تلف شي منها ،ولا انفصال بعضها عن بعض ،بأن ينشقَّ جدار .فالشَّفيع بالخيــار بين أخذه بكلِّ الثَّمن ،وبين التَّرك .

وإمَّا إذا تلف بعضها ،فينظر إن تلف شيء من العرصة بأن غشيها سيل فغرقها ،أخذ الباقي بحصَّته من الثَّمن .وإن بقيت العرصة وتلفت السقوف والجدران باحتراق وغيره فيبنى على الخلاف في كتاب البيع :هــل سقف الدَّار المبيعة وجدارها كأحد العبدين المبيعين ،أم كطرف من أطراف العبد وصفة من صفاته؟ والأصح أنه كأحد العبدين ،فيأخذ العرصة بحصَّتها من الثَّمن .

وقيل إن تلف بآفة سماوية أخذ بكلِّ الثَّمن ،وإن تلف بإتلاف متلف ،أخذ بالحصة .انظر/ الروضة ٥/٨٩.

[٣] مختصر المزني ص١١٢.

[٤] تقدمت ترجمته في ص١٤٠.

[٥] هو حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة بن عمران التجيبي ،أبو حفص المصري،وقيل أبو عبد الله ،أحد الحفاظ المشاهير من أصحاب الشَّافعيّ ،وكبار رواة مذهبه، روى عنه جماعات من الأئمة منهم مســـلم بن الحجاج في صحيحه وأكثر عنه ،وأبو زرعة ،وأبو حاتم الرازيَّان ،وابـــن ماجــة ، ولــد سـنة ١٦٦،ومات في شوال سنة ثلاث وقيل أربع وأربعين ومائتين .

انظر/ طبقات الشَّافعيّة للسبكي ١/٢٥٧،تهذيب الأسماء واللغات ١/١٥٥-١٥٦،طبقات الشَّافعيّة لابــن قاضي شُهْبة ١/٦٠-٦١.

[٦] هو الحسن بن محمد بن الصباح ،أبو علي البغدادي الزعفراني صاحب الشَّافعيّ وأحد رواة كتبه القديمــة ،سمع ابن عيينة وابن علية ووكيع ،وعفان بن مسلم ،وروى عنه البخـــاري وأبـــو داود والنســـائي والترمذي وابن ماجة،توفي في رمضان سنة ستين ومائتين.

=

واختلف أصحابنا في ذلك على أربعة طرق: [٢]

فمنهم من قال:ما انفصل بالانهدام لا يدخل في الشُّفْعة [٣] ؛لأنَّ الشَّفيع إنَّما يملك الشِّقص بالشُّفْعة ويملكه بكون بعض البناء منفصلاً فهو بمنزلة القماش فيه ،ولا يدخل في الجملة،وهذا كما يقول في الدَّار إذا انتقض بعضها وانفصل عن التأليف،فإنَّه يدخل في البيع ما كان متَّصلاً بها من البناء مؤلَّفاً، وما كان منفصلاً من ذلك النَّقض لا يدخل في البيع ويكون بمنزلة القماش فيها،فأمَّا المتصل فيدخل في الجملة.

وبكم يأخذه الشَّفيع؟

فيه قولان:

أحدهما: يأخذه بجميع الثَّمن أو يدع. [٤]

والدليل عليه شيئان:

أحدهما:قوله عليه السلام: ((**فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحقُّ به بالثَّمن**)).[٥] فجعله أحقَّ بجميع الثَّمن و لم يفرِّق.[٦]

والثَّاني:أنَّها لو عابت بانشقاق/ الحائط وانكسار جذع،وما أشبه ذلك كان بالخيار بين أن يأخذها بجميع الثَّمن أو يدع [٧] ،فكذلك هذا.

ه/ل/٢٧١ب

والقول الثَّاني: أنَّه يأخذه بحصَّته من الثَّمن [٨] .

=

انظر/ تهذيب الأسماء اللغات ١/ ١٦٠-١٦١،طبقات الشَّافعيّة لا بن قاضي شهبة ١/ ١٢٨،تأريخ بغداد ٧/ ٤٠٧،وانظر قوله في/ بحر المذهب ٩/ل ٨٤.

[١] انظر/ فتح العزيز ٥/ ٥١١،

[٢] وذكر العمراني أنه على خمسة طرق. البيان ٧/ ١٢١.

[٣] انظر/ البيان ٧/ ١٢٢،فتح العزيز ٥/ ١١،الروضة ٥/ ٨٩.

[٤] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٤،التهذيب ص٥٢٠،الوجيز ١/ ٢١٧،البيان ٧/ ١٢١.

[٥] تقدم تخريجه في ص٢٧٣.

[٦] انظر/ البيان ٧/ ١٢١.

[٧] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٤،التهذيب ص٥٢٠،الوجيز ١/ ٢١٧،البيان ٧/ ١٢١.

[٨] وهو الصحيح .

=

والدَّليل عليه شيئان:

أحدهما:أنَّ تلك الأعيان التي انتقضت وانفصلت قد تناولتها الصَّفقة وقابلها الثَّمن فوجب أن تتقسَّط عليها ،كما تقول في السَّقف ،والشِّقص من الدَّار إذا بيعا معاً كان للشَّفيع أخذ الشِّقص بما قابله من الثَّمن [1] ،فكذلك هذا.

والثَّاني:أنَّ الشُّفْعة إنَّما أثبتناها للشِّفيع لإزالة الضَّرر عنه، فلا يجوز أن نزيل الضَّرر عنه بضرر آخر يدخل عليه،وإذا كلَّفناه أن يأخذ الشِّقص بما بقي من بنائه مُّتصلاً بجميع الثَّمن أو يدع كان في ذلك ضرر عليه؛لأنَّه يأخذ بعض ما تناوله العقد بجميع الثَّمن.

فأمَّا الخبر المحتجُّ به [2] للقول الأول فلا حجَّة فيه؛لأنَّه جعله أحقَّ به بالثَّمن،وكذا نقول إلا أنَّه يقتضي أخذ الجميع،فأمَّا إذا نقص منه شيء فإنَّه يأخذه بحصَّته من الثَّمن.

وأمَّا الدليل الآخر [3] ،فالجواب عنه :أنَّ الحائط إذا مال وانشق والجذع إذا اندقَّ فإنَّ الأعيان بحالها، غير أنَّه حدث فيها اختلال في التأليف ،والتأليف لا يقابله قسط من الثَّمن،وإنَّما يتقسط الثَّمن على الأعيان،وفي مسألتنا قد انفصل بعد [4] الأعيان و لم يدخل في جملة ما يأخذه الشَّفيع ؛فلهذا قلنا:إنَّه يأخذه بحصَّته،وهذا جميع الطَّريقة الأولى.

=

انظر/ الحاوي ٢٦٧/٧،المهذب ٢١٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ٨٤،البيان ١٢١/٧، حلية العلماء ٢٧٦/٥، فتح العزيز ٥١٢/٥.

[1] انظر/ الحاوي ٢٦٧/٧،المهذب ٢١٥/٢،البيان ١٢١/٧.

[2] وهو قوله ﷺ ((فإن باعه و لم يؤذنه فهو أحقُّ به بالثَّمن))

[3] وهو قولهم : (أنَّها لو عابت بانشقاق الحائط وانكسار جذع،وما أشبه ذلك كان بالخيار بين أن يأخذها بجميع الثَّمن أو يدع ،فكذلك هذا).

[4] كذا في المخطوط ولعله سبق قلم الصواب (بعض).

وأمَّا الطَّريقة الثَّانية فتحكى عن أبي العباس [١] ،وهي أنَّ ما انتقض وانفصل لا يدخل في الشُّفْعة ،كما ذكرنا فيما مضى [٢] ،فأمَّا ما بقي متَّصلاً بالشِّقص فإنَّه يأخذه بحصَّته من الثَّمن قولاً واحداً [٣] ؛ لما ذكرنا من الدليل لهذا القول [٤] .

وقول الشَّافعيّ :أنَّه يأخذه بجميعه أراد إذا لم ينفصل من عين بناء الدَّار،ولكنه عاب بمثل انشقاق ،أو انكسار جذع ،أو ما أشبه ذلك من اختلال التأليف دون انفصال العين.[٥]

والطَّريقة الثَّالثة قالها أبو إسحاق [٦] :وهي إذا ما انفصل من الأعيان بالانتقاض يدخل في الشُّفْعة [٧] ؛لأنَّ هذه الشُّفْعة إنَّما يستحقّها بالعقد،وقد كان ذلك متَّصلاً حال العقد فاستحقَّ جميعه بالشُّفْعة ،وانتقاضه وانفصاله بعد ذلك لا يؤثِّر، كما أنَّ المشتري يملك الدَّار بالبيع فما كان متَّصلاً بها فإنَّه يدخل في البيع، ثمَّ إن انفصل منها شيء بالانتقاض بعد البيع وقبل التسليم فإنَّه يستحقُّ تسليم جميعه المنفصل

---

[١] ابن سريج وقد تقدمت ترجمته في ص١٨٧.

[٢] في ص٣٦٠.

[٣] انظر/ الحاوي ٧/٢٦٦، بحر المذهب ٩/ل ٨٤،حلية العلماء ٥/٢٧٨.

ونسبه الماوردي في الحاوي إلى أبي إسحاق المروزي أيضاً ٧/٢٦٦.

ونسب ابن سريج وأبي إسحاق إلى المزني الغلط فيما نقله في هذا الموضع؛ لأنَّه لايعرف عن الشافعي في شيء من منصوصاته . الحاوي ٧/٢٦٦.

[٤] في ص٣٦١.

[٥] انظر/ البيان ٧/١٢٢.

[٦] المر وزي تقدمت ترجمته ص١٤٠.

وممن قال بهذه الطريقة أبو على بن أبي هريرة .

فمن قال بهذه الطريقة لم يجعل المسألة على قولين ،وإنَّما هي على اختلاف حالين سيذكرهما المصنف .

انظر/ الحاوي ٧/٢٦٦،بحر المذهب ٩/ل ٨٤-٨٥،البيان ٧/١٢٢.

[٧] وهذه الحالة الأولى.

/٥

والمتَّصل؛لأنَّ هذا التَّسليم إنَّما يستحقُّه بما /تقدَّم من البيع،وحين البيع كان متصلاً بالدَّار فدخل في ملكه واستحقاقه [١] ،فكذلك هذا.

فإذا ثبت هذا فإنَّه يأخذ جميع المتَّصل والمنفصل بجميع الثَّمن وهو ما نقله المزني ،والموضع الذي قال يأخذه بحصَّته هو إذا كان قد فُقِد من تلك الأعيان التي انتقضت ،مثل أن يُسرق منها جذوع أو غيره، فيأخذ الباقي بما يخصُّه من الثَّمن [٢] ؛لأنَّه فقد بعض ما تناوله العقد وقابله جزء من الثَّمن [٣] ،والقاضي أبو الطيب يختار هذه الطريقة.

والطَّريقة الرَّابعة :أنَّه يأخذ الجميع بالشُّفْعة فإن كان فُقِد من الأعيان شيء نُظر:

فإن كان من جهة الآدميين بجناية منه،مثل أن يكون غصبه أو أحرقه ،فإنَّ الشَّفيع يأخذ الباقي بحصَّته؛لأنَّه لا ضرر على المشتري في ذلك؛لأنَّه يؤخذ منه بالحصَّة ويرجع هو على الجاني ببدل ما أتلفه ، فيحصل له وفاء ما وزن.

وإن كان فُقِد ذلك بغير فعل الآدمي،وإنَّما هو بصاعقة أرسلت عليه من السماء أخذ الشَّفيع ما بقي بجميع الثَّمن أو يدع ،وليس له الأخذ بما يخصه [٤] ؛لأنَّ المشتري لا يرجع بوفاء ما وزن على غيره ،فيكون عليه في ذلك ضرر،والضَّرر لا يزال بالضَّرر [٥] ،والله أعلم بالصَّواب.

---

[١] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٥.

[٢] وهذه الحالة الثَّانية.

[٣] انظر/ الحاوي ٢٦٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٤-٨٥.

[٤] انظر/ المهذب ٢١٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ٨٥،البيان ١٢٢/٧-١٢٣،حلية العلماء ٢٧٧/٥،فتح العزيز ٥١٢/٥.

-وذكر الماوردي في الحاوي أن الوضع الذي يأخذ بكلّ الثّمن إذا هدمه بفعل آدمي ،والموضع الذي يأخذه بالحصة من الثّمن إذا كان بآفة سماوية .الحاوي ٢٦٦/٧.

[٥] انظر/ المهذب٢١٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ٨٥

[٤٥] مسـألـة

قال الشَّافعيّ: ((وَلَوْ قَاسَمَ وَبَنَى،قِيلَ لِلشَّفِيعِ:إنْ شِئْتَ فَخُذْ بِالثَّمنِ وَقِيمَةِ الْبِنَـاءِ الْيَوْمَ أَوْ دَعْ؛لأنَّه بَنَى غَيْرَ مُتَعَدٍّ فَلا يُهْدَمُ مَا بَنَى)) [١] .

وهذا كما قال.

إذا خصَّه من دار أو قاسم وميَّز المبيع من غير المبيع وبنى في الحصَّة المبيعة وغرس فيها [٢] ،قال الشَّافعيّ:كان الشَّفيع بين أمرين بين أن يأخذه بالثَّمن وقيمة البناء يوم يأخذ أو يدع.

اعترض في ذلك المزني فقال: كيف تكون الشُّفْعة باقية بعد المقاسمة؛لأنَّ الشَّريك إذا قاسم ورضي فقد سقطت شفعته.[٣]

وأجاب أصحابنا عن هذا،فقالوا: يمكن بقاء الشُّفْعة مع المقاسمة مع الشَّريك ومع النائب عنه **في مواضع منها:**

أن يُظهر المشتري أنه اتهبة ثمَّ قاسمه الشَّريك وقامت البيِّنة بأنَّه اشتراه، فإنَّه يكون على شفعته؛لأنَّه إنَّما قاسم على أن لا شفعة له في المبيع؛لأنَّ الشُّفْعة لا تثبت بالهبة،فإذا بان الأمر بخلافه كان على شفعته.[٤]

وكذلك إذا أظهر أنَّه اشتراه بأكثر من ثمنه فرغب الشَّفيع عن الشِّقص فقاسمه ،ثمَّ قامت البيِّنة بأنَّ الثَّمن أقلُّ مما أظهر فيكون على شفعته.[٥]

---

[١] مختصر المزني ص١٣١.

[٢] أي إذا ثبتت الشُّفْعة للشفيع و لم يعلم ثبوت الشُّفْعة له ثمَّ قاسم المشتري وبنى فيه.

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٢.البيان ١٥٦/٧

[٣] ونحوه في المختصر ص١٣١.

[٤] انظر/ الحاوي ٧٢٦٨،بحر المذهب ٩/ل ٨٦،الروضة ٩٤/٥،تكملة المجموع ٣٩٣/١٢.

[٥]انظر/ الحاوي ٧٢٦٨،بحر المذهب ٩/ل ٨٦،المهذب ٢٢٢/٢،التهذيب ص٥٤٣،مغني المحتاج ٣٠٤/٢.

وكذلك إذا كان غائباً وله وكيل حاضر في التَّصُّرف في مالـــه ومقاسمـــة شـــركائه واستيفاء حقوقه ،فرأى الحظَّ في المقاسمة فقاسم ، ثمَّ حضر الموكِّل وبان أنَّ الحظَّ كـان في أخذ الشُّفْعة /كان له نقض القسمة وأخذ الشِّقص بالشُّفْعة.[1]

وكذلك الوصيُّ أو الأب إذا عفا عن الشُّفْعة فقاسم المشتري وبلغ الصَّبي وبـــان أنَّ الحظَّ كان في أخذ الشِّقص بالشُّفْعة ،فإنَّ القسمة تنقض ويؤخذ الشِّقص بالشُّفْعة.[2]

وكذلك إذا كان الشَّريك غائباً وطالت غيبته،وليس له وكيل حاضر ،فجاء المشـتري إلى الحاكم وطالبه بقسمة الأرض بينه وبين شريكه، لينفرد بملكه ويتصرَّف فيه ففعـل الحاكم،ثمَّ رجع الغائب فنقض القسمةَ، كان له أخذ الشِّقص بالشُّفْعة.[3]

فيتصوَّر بقاء الشُّفْعة مع المقاسمة بنفسه أو بالنائب عنه على ما ذكرنا.[4]

إذا ثبت هذا:فإنَّ المشتري بالخيار بين قلع بنائه وغراسه ،وبين تركها بحالها،فـإن أراد قلعها كان له ذلك؛لأنَّه عين ماله وملكه،فإن قلعها لم يكن عليه تسوية الحفر؛لأنَّه بـنى وغرس في ملكه،ويكون الشَّفيع بين أمرين بين أن يأخذه بجميع الثَّمن ولا ينقص منـه شيئاً لأجل النقصان الذي حدث بالقلع والحفر،وبين أن يدع [5] ؛لأنَّ ذلك النقصـان لا يقابله جزء من الثَّمن؛لأنَّ الثَّمن إنَّما يقـابل سـهام الأرض كثلثـها وربعـها وعشرها،ولا يقابل ترابها واستواءها كما تقول في ثمن العبد مقابل سهامه كـالنِّصف والربع والعشر،ولا يقابل أعضاءه،فلو ذهبت أعضاءه كان المشتري بالخيار بـين أن يأخذه بجميع الثَّمن أو يدع، فكذلك هذا.

وأمَّا إذا لم يقلع المشتري بناءه وغراسه فإنَّ الشَّفيع يكون بين ثلاث خيارات:

---

[1] انظر المراجع السابقة والوجيز ٢١٨/١،فتح العزيز ٥١٩/٥،الروضة ٩٥/٥.

[2] انظر/ الحاوي ٢٦٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٦،البيان ١٥٧/٧،تكملة المجموع ٣٩٣/١٢.

[3] انظر/ الحاوي ٢٦٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٦،فتح العزيز ٥١٩/٥،الروضة ٩٥/٥.

[4] أي في المسائل السابقة.

[5] انظر/ المهذب٢٢٢/٢،،البيان ١٥٩/٧،فتح العزيز ٥٢٠/٥،الروضة ٩٥/٥،مغني المحتاج ٣٠٤/٢.

بين أن يأخذ الشِّقص بالبناء والغراس،ويَغْرَم قيمتهما له وقت الأخذ [1] ؛لأنَّه وقت التَّمليك وزوال الملك،ولا يراعى ما تقدَّم من كثرة النفقة وقلتها،أو زيادة القيمة ونقصانها؛لأنَّ الاعتبار بوقت الأخذ.

وبين أن يأخذ الشِّقص ويكلِّف المشتري قلعها ،بشرط أن يضمن الشَّفيع ما نقص بالقلع،فيقوَّم ثابتة ومقلوعة، ويضمن له ما بين القيمتين،فإذا ضمن ذلك كلّف المشتري قلعها [2] ،لأنَّه إذا أخذ القيمة في القسم الأول، أو أخذ الأرش في القسم الثَّاني ،فقد زال عنه الضَّرر،فلم ينقص من حقِّه شيئاً.

والخيار الثَّالث:أن يدع الشِّقص للمشتري حتى يستقرَّ له. [3]

فإذا لم يفعل شيئاً من هذه الثَّلاثة،وأراد أن يجبر المشتري على القلع من غير غرامة أرش لم يكن له ذلك ،هذا مذهبنا [4] ،وبه قال مالك [5] ،والأوزاعي [6] ،وأحمد [7] ،وإسحاق [8] ،والنخعي [9] .

---

[1] انظر/ المهذب٢/٢٢٢،بحر المذهب ٩/ل ٨٦،البيان ٧/١٥٩،فتح العزيز ٥/٥٢٠،الروضة ٥/٩٥.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٦،المهذب ٢/٢٢٢،التهذيب ص٥٤٣،فتح العزيز ٥/٥٢٠.

[3] أي يترك الشَّفيع الأخذ بالشُّفْعة .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٦،البيان ٧/١٥٧.

[4] كما تقدم في بداية هذا المسألة ص٢٦٤.

[5] انظر/ الاستذكار ٢١/٢٨٥،المدونة٥/٤٣٤.

[6] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

و انظر قوله في الإشراف ١/٥٦،المحلى ٩/٩٣،بحر المذهب ٩/ل ٨٥،مختصر اختلاف العلماء ٤/٢٤٧.

[7] انظر/ المغني ٧/٤٧٦،زاد المستقنع وشرحه الروض المربع ٥/٤٤٨.

[8] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

وانظر قوله في بحر المذهب ٩/ل ٨٥،حلية العلماء ٥/٣٠٣،البيان ٧/١٥٨،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٥٦.

[9] تقدمت ترجمته في ص٣٣٩.

وانظر قوله في بحر المذهب ٩/ل ٨٥،البيان ٧/١٥٨،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٥٦.

وقال أبو حنيفة [1] ،والثوري [2] ،والمزني [3] : يجبر على القلع.

واحتجَّ من نصرهم :

بأنَّه بنى في حقِّ غيره بغير إذنه ؛فوجب أن يُجبر على قلعه،كما لو بنى في أرض اشتراها فخرجت مستحقَّة [4] .

ولأنَّه نوع تصرُّف في الشِّقص المبيع من المشتري فكان /للشفيع نقضه وإزالته كما لو باعه ؛فإن له فسخ البيع [5] .

/٥

ولأنَّ حقَّ الشَّفيع أسبق من حقِّ المشتري؛لأنَّ حقَّه يثبت برغبة الشَّريك عن شقصه؛فإنَّه لو قال لأجنبي:بعتك هذا الشِّقص بدرهمٍ فقال له: لم تبعْنه كان للشُّفيع أخذه بذلك الدَّرهم،ولا يثبت للمشتري فيه حقٌّ إلا بعد قبوله البيع ،على أنَّ حقَّ الشَّفيع أسبق ومراعاة الأسبق أولى.[6]

ودليلنا:

قوله ﷺ: ((**ليس لعرقٍ ظالم حقٌّ**)) [7] وهذا ليس بعِرْق ظالم، فوجب أن يكون له حقٌّ [8] .

---

[1] وهو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن والرواية الصحيحة عن أبي يوسف ،وروى عنه أنه قال إن شاء الشَّفيع أخذها بالثَّمن وقيمة البناء قائماً،وأن شاء ترك الأخذ بالشُّفْعة .

انظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٣، المبسوط ١١٤/١٤، مختصر اختلاف العلماء٢٤٧/٤،بدائع الصنائع ١٣٥/٤.

[2] تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

انظر/ المحلى ٩٣/٩،بحر المذهب ٩/ل ٨٥،البيان ١٥٨/٧،المغني ٤٧٦/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٦/٢.

[3] بحر المذهب ٩/ل ٨٥،البيان ١٥٨/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٦/٢.

[4] انظر/ المبسوط ١١٤/١٤،بدائع الصنائع١٣٥/٤.

[5] المبسوط ١١٤/١٤،البداية مع البناية ٥٣٣/٨.

[6] البناية في شرح الهداية ٥٣٣/٨،تكملة فتح القدير ٣٩٩/٩.

[7] تقدم تخريجه ص١٥٧.

[8] انظر/البيان ١٥٨/٧، المغني ٤٧٧/٧.

ولأنَّه ينافي ملكه الذي يملك بيعه،فوجب أن لا يجبر على قلعه على وجهٍ يستضِرُّ بــه؛ الدليل عليه: إذا بنى في ملكه الذي لا حقَّ لأحد فيه.[1]

فإن قيل: المعنى في الأصل[2] أنَّه لم يبن في حقِّ غيره،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّــه بنى في حق غيره؛لأنَّ حقَّ الشَّفيع متعلِّق بذلك الشِّقص؛ فلهذا أجبر على قلعه.

قيل: هذا يبطل عليكم بالأرض إذا أصدقها امرأته فبنت فيها، ثمَّ طلَّقها؛ فإنَّها لا تجبر على قلع البناء. [3]

وكذلك إذا وهب أرضاً لمن يجوز الرجوع في الهبة منه، ثمَّ بنى فيها وغرس ،ثمَّ رجــع في الهبة ،لم يجبر على قلعها.[4]

فإن قيل: ليس للزَّوج ولا للواهب حقٌّ ثابت حين البناء والغراس؛لأنَّ حقَّهما إنَّمـــا يثبت بسبب آخر.

فأمَّا الزَّوج فبالطلاق قبل الدخول.

وأمَّا الواهب فبالرجوع قبل التَّوارث.

فأمَّا حقُّ الشَّفيع فثابت حين التَّصرُّف.[5]

فالجواب: أنَّه لا فرق بينهما؛لأنَّ الرُّجوع في الهبة في يد الواهب أيَّ وقت أراد كـــان له،كذلك الزَّوج الطَّلاق في يده أيَّ وقت أراد طلَّق،فالأمر إلى اختيارهمـــا ولكنــه بشرط الرجوع،والطلاق،وهكذا الأمر إلى اختيار الشَّفيع،ولكنَّــه بشــرط المطالبــة والأخذ ،فلا فرق بين المسألتين.

---

[1] انظر/ المهذب ٢٢٢/٢،البيان ١٥٨/٧،فتح العزيز ٥١٩/٥.

[2] وهو بناؤه في ملكه .

[3] انظر/ الروضة ٢٩٦/٧.

[4] انظر/ المبسوط ١١٥/١٤،الهداية مع البناية ٥٣٣/٨.

[5] وعبر الحنفية عن ذلك ،وقالوا (إن حق الواهب ضعيف بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشَّفيع) انظر/ المبسوط ١١٥/١٤،الهداية مع البناية ٥٣٣/٨.

ولا يدخل على علَّتنا الأرض المرهونة إذا غرس فيها الرَّاهن ونقصت قيمتها و لم يـف بالحقِّ حيث قلنا بقلع الغرس،وتباع بيضاء [1] ؛لأنَّ الرَّاهــن لا يملــك بيــع الأرض المرهونة فوقع ،الاحتراز بهذا اللفظ عنه [2] ،ولأنَّ هذه الأرض يملــك [3] رقبتــها ومنفعتها، فإذا غرس فيها لم يجبر على القلع،أصله مـا ذكرنـا،ولا يدخــل عليــه الرَّهن؛لأنَّا قلنا: (**ومنفعتها**) وهذا يقتضي أن يملك جميع المنافع من الرَّهن [4] .

ولأنَّ الشُّفْعة إنَّما أثبتت للشفيع لإزالة الضَّرر عنه،ولا يجوز أن يُزال الضَّرر عنه بضرر يدخله على غيره، [5] وإذا أجبرنا المشتري على القلع من غير أرش كـان في ذلـك إضرار به.

ولأنَّ أبا حنيفة سلَّم لنا أنَّه إذا زرع فيه لا يجبر على قلع الزَّرع قبل الإدراك.[6]

فنقول:كلُّ من لا يجبر على قلع الزَّرع لا يجبر على قلع الغرس؛أصلـه إذا غـرس في ملكه الذي لا حق لأحد فيه.

فأمَّا الجواب عن قياسهم الأول [7] فمن وجوه:

أحدها: أنَّا لا نسلِّم أنَّه ينافي حقَّ غيره؛لأنَّه ينافي حقَّ نفسه، وإنَّما/ يصير حقًّا لغـيره بالأخذ.

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٩٧ مغني المحتاج ٢/١٣٢.

[2] وهو قوله (في ملكه الذي لا حق لأحد في).

[3] أي المشتري.

[4] والراهن يملك الرقبة ولا يملك جميع المنافع فلا يملك التزويج ولا الإجارة .

انظر/ المهذب ٢/٩٦-٩٧، مغني المحتاج ٢/١٣١

[5] انظر/ المهذب ٢/٢٢٢،المغني ٧/٤٧٦.

[6] انظر/ المبسوط ١٤/١١٤،بدائع الصنائع ٤/١٣٥.

وأجاب الحنفية عن ذلك وقالوا في الزرع قياس واستحسان ففي القياس يقلع زرعه ،وفي الاستحسـان لا يقلع ؛لأنَّ له نهاية معلومة بخلاف الغرس والبناء. المبسوط ١٤/١١٥.

[7] وهو قولهم أنَّه بنى في حق غيره بغير أذنه فوجب أن يجبر على قلعه كما لو بنى في أرض اشتراها فخرجت مستحقة. المتقدم في ص٣٦٧.

ثمَّ هذا يبطل بالزَّوجة إذا غرست في الأرض التي هي صداقها وبالمتَّهب إذا غرس في الأرض الموهوبة.[1]

ثمَّ المعنى في الأصل أنَّه ينافي غير ملكه ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّه ينافي ملكه،أو لأنَّه يجبر على قلع الزَّرع ،فكذلك يجبر على قلع الغرس،وفي مسألتنا بخلافه.

وأمَّا الجواب عن قياسهم على البيع فهو أنَّ المعنى فيه أنَّا إذا صحَّحنا البيع،ولم نجعل له فسخه أبطلنا حقَّه الذي يثبت له بالبيع الأول،وربما كان له في ذلك غرض وهو أن يكون الأوَّل قد اشتراه أرخص ،فلمَّا كان في ذلك إبطالٌ لحقِّه ثبت له بالعقد الأوَّل أبطلنا التَّصرُّف،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّا إذا لم نقلع غراسه وبناءه لم يبطل حقَّه الذي ثبت له بالعقد؛فلهذا لم يجبر المشتري على قلعها على الوجه الذي يستضرُّ به.

وأمَّا الجواب عن قولهم: إنَّ حقَّ الشَّفيع ثبت أولاً ،فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك؛لأنَّ حقَّ الشَّفيع يترتَّب على حقِّ المشتري ،فنثبت أولاً حق المشتري ثمَّ يطالبه الشَّفيع ولا يطالب البائع.

وما ذكروه من أنَّ للشَّفيع أخذه من البائع إذا قال للأجنبي: بعتكه بدرهم،فقال: لم تبعني.

فالجواب: أنَّه إنَّما كان كذلك؛لأنَّ البائع يُقِرُّ بأنَّه باعه من المشتري،والشَّفيع يصدِّقه على ذلك،ولو لم يُصدِّقْه الشَّفيع لم يكن له أن يأخذه بما ذكر أنَّه باعه به.

---

[1] حيث لا يلزمهم القلع عند الحنفية كما تقدم في ص٣٦٨.

فــصــل

قال المزني:(**هَذَا [١] غَلَطٌ ،وَكَيْفَ لا يَكُونُ مُتَعَدِّيَاً وَقَدْ بَنَى فِيمَا للشَّفِيعِ فِيهِ شِـرْكٌ مُشَاعٌ.**)[٢]

وهذا الكلام في ظاهره اضطراب؛لأنَّ الشَّافعيّ ذكر القسمة وأثبت الشُّفْعة مع حصولها،وإذا حصلت القسمة انتفت الشركة [٣] ،والمزني قال: قد بنى فيما للشَّفيع فيه شرك.

قال القاضي [٤] :إنَّما قال المزني ذلك؛لأنَّه حكم بفساد القسمة،وإذا لم تصح القسمة فالشركة باقية،وقد بيَّنَّا نحن وجه القسمة الصحيحة مع بقاء الشُّفْعة [٥] فبطل ما قاله المزني.

---

[١] في المختصر المطبوع (هذا عندي غلط)ص١٣١.

[٢] مختصر المزني ص١٣١ وتمام ما في المختصر (ولولا أن للشفيع فيه شركًا ما كان شفيعًا إذ كان الشريك إنَّما يستحق الشُّفْعة؛ لأنَّه شريك في الدار والعرصة بحق مشاع فكيف يقسم وصاحب النصيب وهو الشفيع غائب والقسم في ذلك فاسد وبنى فيما ليس له فكيف يبني غير متعد؟. و المخطئ في المال والعامد سواء عند الشَّافعيّ؛ ألا ترى لو أنَّ رجلاً اشترى عرصة بأمر القاضي فبناها فاستحقها رجل أنه يأخذ عرصته ويهدم الباني بناءه ويقلعه في قول الشَّافعيّ رحمه الله فالعامد و المخطئ في بناء ما لا يملك سواء)

[٣] انظر/ الحاوي ٢٦٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٥.

[٤] وهو المصنف أبو الطيب.

[٥] كما تقدم في ص٣٥٦.

[٤٦] مسـألـة

قال الشَّافعيّ: ((**وَلَو كَانَ الْشِّقْصُ فِي النَّخْلِ فَزَادَتْ كَانَ لَهُ أَخْذُهَـا** [١] **زَائِدَةَ**)) . [٢]

وهذا كما قال.

إذا اشترى شقصاً من أرض وفيه نخيل وأشجار استحقَّ الشَّـفيع الشِّـقص بنخيلـه وأشجاره ،ويكون استحقاق النَّخيل والأشجار بالشُّفْعة على وجه التبع ؛لاسـتحقاق الأرض بها؛لأنَّها تبع للأرض في البيع؛ألا ترى أنَّه يقول: بعتك هذه الأرض،فيكـون ذلك بيعاً لها ولما فيها من النخيل والأشجار،وإن لم يسـمِّ النخيـل والأشـجار و لم يذكرها؟فإذا تبعها في البيع جاز أن يتبعها في الشُّفْعة .[٣]

فإن قيل: ناقض الشَّافعيّ؛لأنَّه جعل النَّخيل والأشجار تبعاً للأرض في الشُّفْعة،وجعـل الأرض تبعاً للنخيل والأشجار في مسألة المساقاة [٤] ؛لأنَّ عنده يجوز المسـاقاة علـى النخيل [٥] ،ولا تجوز المزارعة على الأرض ،وإذا كان بين النخيـل بيـاض يصلـح للزَّرع/ جوَّز أن يزارع العامل على ذلك البياض الذي ساقاه على نخيله.[٦]

٢٧٤/ل/أ/٥

فالجواب عنه من وجهين:

---

[١] في المختصر المطبوع (أخذ) ص١٣١.

[٢] مختصر المزني ص١٣١.

[٣] انظر/ الحاوي ٧/٢٦٩،بحر المذهب ٩/ل ٨٧،التهذيب ص٥١٨.

[٤] المساقاة :هي أن يعامل إنسان على شجر ليتعهدها بالسقي ،والتربية على أن ما رزق الله تعالى من ثمـر يكون بينهما.

انظر/ كفاية الأخيار ١/٣٩٦،والسراج الوهاج ص٢٨٤.

[٥] انظر/ الأم ٤/١٢٢،التنبيه ص١٢١،كفاية الأخيار ١/٣٩٦.

-وسيأتي مزيد تفصيل لهذه المسألة في كتاب المساقاة ص٦٦٥.

[٦] انظر/ الأم ٤/١٤-١٥،التنبيه ص١٢٢،الوجيز ١/٢٢٧.

أحدهما:أنّه ما جوَّز تلك المزارعة على وجه التبع للنَّخيل،وإنَّما جوَّزها لأجل المشـــقَّة التي حصلتْ بإفراد النَّخيل عن الزَّرع في البياض الذي بينهما؛لأنَّه متى سقى النخيـــل سقى زرع الغير؛لأنَّ سقي أحدهما لا ينفكُّ عن سقي الآخر،فجَّوز ذلك لأجل المشـقة ،لا لأنَّ الأرض تبع للنخيل.[1]

والثَّاني:أنَّ ذلك ليس بمناقضة،وإن كانت الأرض تبعاً للنخيل؛لأنَّها تبع لها في مســألة، والنَّخيل تبع للأرض في مسألة أخرى،ومثل ذلك جائز ،كما قســـنا الكلـــب علـــى الخنــــزير في مسألة دبغ جلده [2] ،وقسنا الخنـــزير على الكلـــب في مـــســـــألة الولوغ [3]،وإنَّما المناقضة أن يجعلهما تبعاً ومتبوعاً في مسألة واحدة.

إذا ثبت ما ذكرناه،فإن كان الشَّفيع غائباً فنمت النَّخيل وطالت كان لـــــه أخذهـــا بنمائها وزيادتها؛لأنَّ النَّماء إذا كان غير متميِّز تبع الأصل إذا كان لا يرجع إلى عوض عند ترك الأصل [4] ،كما قلنا في الواهب أنَّه يسترجع النَّخيل الموهوبة بنمائـــــها [5]

---

[1] قال الشَّافعيّ (إذا كان النخل منفرداً فعامل عليه ،وشرط أن يزرع ما بين ظهراني النخل على المعاملـــة ،وكان ما بين ظهراني النخل لا يسقى إلا من ماء النخل ،ولا يوصل إليه إلا من حيث يوصل النخـــل ،كان هذا جائزاً)الأم ٤/١٥.

[2] انظر/ الوجيز ١/١٠،شرح صحيح مسلم للنووي ٤/٤٦.

[3] المذهب عند الشَّافعيّة أنَّه يغسل من ولوغ الخنـــزير سبعاً قياساً على الكلب ،وفي قول :إن حكم ولوغه ليس كحكم ولوغ الكلب .

انظر/ التنبيه ص٢٣،الوجيز ١/٩،مغني المحتاج ١/٢٣.

-قال النووي :(وأما الختزير فحكمه حكم الكلب في هذا كلّه-أي في أحكام ولوغه- هذا مذهبنا ،وذهب أكثر العلماء إلى أن الختزير لا يفتقر إلى غسله سبعاً وهو قول الشَّافعيّ،وهو قوي الدليـــل)شـــرح صحيح مسلم ٣/١٥٩.

-والولوغ:يقال ولغ الكلب في الإناء يَلَغُ بفتح اللام فيهما ولوغاً إذا شرب بطرف لسانه .شرح صحيـــح مسلم ٣/١٥٦.

و انظر/ القاموس المحيط ص١٠٧١،المصباح المنير ص٢٥٨.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٢٧٠،بحر المذهب ٩/ل ٨٧.

[5] انظر/ التنبيه ص١٣٨-١٣٩،الوجيز ١/٢٥٠،الروضة ٧/٢٩٣.

،والبائع يسترجعها من المفلس بنمائها [1] ،ولا يدخل على ما قلناه إذا أصدقها نخلاً فنمت في يدها ثمّ طلّقها الزّوج حيث قلنا: ليس له أن يسترجع النّصف بنمائه ،وجعلنا له الرُّجوع إلى نصف القيمة [2] ؛لأنّا إذا أسقطنا حقّه من عينها رجع إلى عوض عنها ،وهو نصف القيمة،وفي مسألتنا إذا أسقطنا حقّه من عينها لم يرجع إلى عوض عنها ،فجعلنا له استرجاعها بنمائها.

فأمّا إذا كانت قد أطلعت في يد المشتري وبعدما أُبِّرت،فهل يسترجعها الشَّفيع بطلعها أم لا ؟

فيه وجهان بناء على القولين في المفلس إذا أطلعت النخيل في يده و لم تؤبَّر بعد.

فإن قلنا:للبائع استرجاعها بطلعها كان ذلك هاهنا للشّفيع [3] .

وإن قلنا:ليس له ذلك، والطلع للمفلس، فكذلك الطلع هاهنا للمشتري [4] .

فأمّا إذا كانت قد أُبِّرت فإنّ الثمَّرة للمشتري لا حقَّ للشَّفيع فيها ،وسواء كانت متَّصلة بها لم يجدَّها بعد، أو قد جدَّها؛لأنّها إذا ظهرت فكأنّها متميِّزة والنَّماء إذا تميَّز في ملك المشتري كان له دون الشَّفيع [5] .

---

[1] انظر/ المهذب ١١٩/٢، الروضة ٢٩٣/٧،المنهاج مع مغني المحتاج ١٦١/٢.

[2] الحكم في هذا أنّ للزوجة الخيار فإن أبت ،رجع إلى نصف القيمة بغير تلك الزيادة .

وإن سمحت ،أجبر على القبول و لم يكن له طلب القيمة .

وحكى الحناطي وجهاً ،أنّه لا يجبر،والصحيح الأول .

فلا تمنع الزيادة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع .الروضة ٢٩٣/٧.

[3] وهو الأظهر ؛لأنّه يدخل في مطلق البيع .

انظر/ التهذيب ص٥١٩،فتح العزيز ٤٨٥/٥،الروضة ٦٩/٥.

[4] انظر/ المراجع السابقة .

[5] وفي وجه أنّ له الأخذ ؛لأنّه حقّه تعلق بها ،وزيادته كالزيادة الحاصلة في الشجر من بسوقها وطول أغصانها ، وهو الأظهر.

انظر/ فتح العزيز ٤٨٤/٥،الروضة ٦٩/٥.

وأمَّا إذا اشتراها وهي مطلعة لم تؤبَّر بعد،فإنَّها تتبع الأصل في البيع ،فإن أخذها الشَّفيع قبل الإبَار أخذها بطلعها؛لأنَّها تتبع الأصل بإطلاق البيع،وإن أبَّرها ثمَّ طلبها الشَّفيع وأخذ الشِّقص كانت الثَّمرة للمشتري دون البائع؛لأنَّها لا تتبع الأصل في هذه الحالة بإطلاق البيع.[1] والله أعلم.

[1] كما تقدم في رأس المسألة .

[٤٧] مسـألـة

قال: ((وَ لا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ لاَ بَيَاضَ لَهَا؛[لأَنَّهَا][1] لا تَحْتَمِلُ الْقِـسْمَةَ)). [2]

وهذا كما قال./

ه/ل/٢٧٤

كلُّ ما لا يحتمل القسمة في الشَّرع، فإنَّه لا تثبت فيه الشُّفْعة،وذلك مثل البئر الضَّيِّقـة والحمَّام وغيرهما[3]،وبه قال ربيعة [4] ،ومالك [5] ،ورُوِي عن عثمان بن عفَّان [6].

وقال الثوري [7] ،وأبو حنيفة [8] :تثبت في ذلك الشُّفْعة،وذهب إليه أبو العباس بـن سريج.[9]

---

(١) [لأنَّها]زيادة من المطبوع ص١٣١.

(٢) مختصر المزني ص١٣١.

(٣) انظر/ الأم ٤/٤،الإشراف ٤٣/١،الحاوي ٢٧١/٧،البيان ١٠٣/٧.فتح الجواد ٥٦٢/١.

-وهو أصح الوجهين ، وهو القول الجديد .

انظر/ فتح العزيز ٤٨٧/٥،الروضة ٧١/٥.

(٤) تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

انظر قوله في الإشراف ٤٣/١،البيان ١٠٣/٧،المغني ٢٤١/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٤٩/٢.

(٥) اختلفت الرواية عن مالك في الشُّفْعة فيما لا ينقسم . قال ابن عبد البر في الكافي (و اختلفت الرواية عن مالك في الشُّفْعة في الحمامات ،وفي ما لا يحتمل القسمة ....والأشهر عن مالك إيجابه الشُّفْعة في الحمام وفي ذلك كلّه وهو الصحيح ....وقال بقول مالك في ذلك طائفة من أصحابه وطائفة منهم تـأبى ذلك وهو مذهب ابن القاسم ...) ص٤٣٦.

انظر/ الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥١/٢، عيون المجالس ٤/ ١٧٧٢-١٧٧٣،مواهـب الجليـل ٣٢١/٥-٣٢٢.

(٦) وقد تقدم الأثر عنه في ذلك في ص٢٨٩.

(٧)تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

و انظر قوله في التهذيب ص٥١٠،البيان ١٠٣/٧.

(٨) انظر/ المبسوط ١٣٥/١٤،الكتاب وشرحه اللباب ١٠٩/٢،بدائع الصنائع ١١٠/٤،

(٩) تقدمت ترجمته ص ١٨٧ .

وانظر قوله في الحاوي ٢٧١//٧،البيان ١٠٣/٧،فتح العزيز ٤٨٧/٥،غنية الفقيه ص٣٠١.

واحتجَّ من نصرهم:

بقول **النَّبيِّ ﷺ**: ((**الشُّفْعة فيما لم يقسم**)).[1]

قالوا:وإنَّما الشُّفْعة تثبت للشَّفيع لإزالة الضَّرر الذي يخافه بدخول المشتري،وهذا المعنى موجود في هذه المسألة [2] ،بل هذا أولى؛لأنَّ الشِّقص إذا جاز تميُّزه بالقسمة أمكن صاحبه التخليص من المشاركة،وأيُّما لم يجز تمييزه بالقسمة كان صاحبه متأبّد الضَّرر،وهذا استدلال أبي اعباس.[3]

ودليلنا:

قوله ﷺ: ((**إنَّما الشُّفْعة فيما لم يُقْسَم**))[4] .

وقولِه (فيما لم يُقْسَم) يقتضي أن يكون ذلك فيما يحتمل القسمة؛لأنَّه لم ينف القسمة مجملة،وإنَّما نفى أنَّه لم يقسم فيما مضى،فلو كان أراد نفي القسمة جملة لقال: الشُّفْعة فيما لم يقسم،والذي يؤكد هذا وأنَّ المراد به ما يقسم، ولكنه لم يقسم بعد ،أنَّه قال: ((**فإذا وقعت الحدود فلا شفعة**))،وهذا بيان لما اشتمل عليه اللفظ الأول، فدلَّ على أنَّه أراد ما تقع فيه الحدود،وتجوز قسمته في الشَّرع دون ما لا تجوز. **فإذا تقرَّر هذا**، وأنَّ اللفظ لم يتناول إلا ما تجوز قسمته فقد أثبت جنس الشُّفْعة في ذلك الموضع [5] ،فدلَّ على أنَّه لا يثبت في غيره.[6]

ويدلُّ عليه ما رُوِي عن عثمَّان أنَّه قال: ((لا شفعة في بئر ولا فحل))[7] وأراد البئر الضَّيِّقة التي لا يمكن قسمتها،وأراد بالفحل فحل النخل،يعني أنَّ فحل النخل إذا بيع

---

[1] تقدم تخريجه في ص٢٨٩.

[2] انظر/ اللباب ٢/١٠٩.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٩.

[4] تقدم تخريجه في ص٢٧٣.

[5] وهو ما تجوز قسمته.

[6] وقد تقدم في بداية كتاب الشُّفْعة ص٢٨٨.

[7] وقد تقدم تخريجه وبيان معناه في ص٢٨٩.

منفرداً لا تثبت فيه الشُّفْعة ،و لا يعرف له مخالف،وقول عثمان مقدَّم علـى القيـاس على مذهب أبي حنيفة؛ولهذا قدَّم قوله في توريث المبتوتة [(١)] على القياس الواضح. [(٢)]

ومن جهة المعنى :أنَّ كلَّ من ليس له المطالبة بالقسمة لم تكن له المطالبة بالشُّفْعة؛أصله الجار المحاذي.[(٣)]

ولأنَّ الشُّفْعة إنَّما أُثبتت للشَّفيع لإزالة الضَّرر عنه ،ولا يزال الضَّرر عنه بضرر على غيره،وفي إثبات الشُّفْعة له في هذا الموضع ضرر على شريكه؛لأنَّه يتقاعد به فلا يشتريه هو ولا يرغب أحد في شرائه؛لأنَّه يعلم أنَّه إذا اشتراه أخذ الشَّريك بالشُّفْعة،ولا يمكنه تمييزه؛لأنَّ قسمته لا تجوز،وإذا كان إثبات الشُّفْعة يؤدي إلى إدخال الضَّرر على شريكه حسب ما بيَّنَّاه وجب أن لا تثبت له الشُّفْعة [(٤)]/.

٥/ل/٢٧٥

فأمَّا الجواب عن الخبر [(٥)] فهو أنَّا قد جعلناه دليلاً لنا.[(٦)]

وأمَّا الجواب أنَّ الشُّفْعة لإزالة الضَّرر، والضَّرر هاهنا موجود فهو أنَّ الضَّرر الذي نعتبره إنَّما هو مؤونة المقاسمة،وهذا المعنى غير موجود هاهنا.[(٧)]

على أنَّ في إثبات الشُّفْعة ضرراً على صاحب الشِّقص في ذلك والضَّرر لا يُزال بالضَّرر.

وما ذكر أبو العبَّاس فالجواب عنه ما ذكرنا.[(٨)]

---

(١) الـمَبْتُوتَةُ : هي الـمُطَلَّقة طَلاقاً بائِنا. لسان العرب ٢/٧.

[(٢)] وقد تقدم أن الحنفية يقدمون قول الصحابي على القياس في ص٩٩.

[(٣)] إذ أن الجار المحاذي لا يستحق الشُّفْعة عند الحنفية كما تقدم في ص٢٩٠.

[(٤)] انظر/ البيان ١٠٣/٧.

[(٥)] وهو قوله ﷺ: ((الشُّفْعة فيما لم يقسم)).

[(٦)] كما تقدم في ص٣٧٧.

[(٧)] وهو الأصح وفي وجه أن الشُّفْعة ثبتت لدفع ضرر الشركة فيما يتأبد ويدوم.
انظر/ التهذيب ص٥٠٩-٥١٠،فتح العزيز ٤٨٧/٥،فتح الجواد ٥٦٢/١.

[(٨)] أي من الجواب عن الخبر.

فــــصل

إذا ثبت أنَّ الشُّفْعة لا تثبت فيما لا يحتمل القسمة فإنَّه يُنظر:

فإن كان ذلك في البئر وكان مع البئر بياض كالقُطر [1] يمكن أن يُجعل البيـــاض في سهم والبئر في سهم آخر تثبت فيهما الشُّفْعة؛لأنَّها تحتمل القسمة.[2]

وإن كانت البئر واسعةً يمكن قسمتها،وإذا قسمت جُعِل لكلٍّ واحد منهما قدر بـــئر لطيفة ثبتت فيها الشُّفْعة.[3]

وأمَّا إذا كانت ضيِّقة إذا قسمت لم يخرج في قسم كلّ واحد بـئر لم تثبـــت فيـــها الشُّفْعة.[4]

وأمَّا الحمَّام فإن كانت بيوته واسعةً بحيث يمكن أن يُجعل من كلِّ بيت بنيان تثبـــت فيه الشُّفْعة،وإن كانت بيوته ضيِّقة لا تحتمل ذلك لم تثبت فيه الشُّفْعة.[5]

وكذلك العضايد [6] التي تكون في الأسواق إذا كانت ضيَّقة لا تحتمل القسمة فـــإنَّ الشُّفْعة لا تثبت فيها.

وأمَّا الرَّحى فإن أمكن قسمتها بأن يُجعل الحجران في نصيب ،والحُصر [7] الذي لهـا في نصيب آخر ثبتت الشُّفْعة فيها،وإن لم يكن لها حصر و لم تقسم إلا بأن يُجعـــل في نصيب أحدهما أحد الحجرين والآخر في نصيب الآخر لم تثبت فيها الشُّفْعة؛لأنَّ تلـك

---

[1] القُطر :بالضم الناحية والجانب وجمعها أقطار .
انظر/ القاموس المحيط ص٤١٩ ،مختار الصحاح ص٥٤٢.

[2] انظر/ الأم ٤/٤،بحر المذهب ٩/ل ٨٨،البيان ١٠٤/٧،فتح العزيز ٤٨٨/٥ .

[3] انظر المراجع السابقة.

[4] كما تقدم في رأس المسألة السابقة في ص٣٧٦.

[5] انظر/ الحاوي ٢٧٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٩،التهذيب ص٥١١.

[6] أعضاد كلِّ شئ : ما يشد حواليه من البناء وغيره ،كاعضاد الحوض ،وهي حجارة تنصب حول شـفيره ،وكذلك عضادتا الباب وهما خشبتاه من جانبيه.
انظر/الصحاح ٥٠٩/٣ ،تهذيب اللغة للأزهري ٤٥١/١-٤٥٢،تاج العروس٣٨٤/٨.

[7] الحُصر :كل ما نسج من جميع الأشياء. القاموس المحيط ص٣٣٩.

القسمة لا تجوز في الشَّرع إذا كان أحد الحجرين إذا انفرد لم ينتفع به،وإذا لم يحتمل القسمة في الشَّرع لم تجب فيه الشُّفْعة [1] ،والله أعلم.

[1] انظر/ الحاوي ٢/٢٧٢،مغني المحتاج ٢/٢٩٧.

[٤٨] مسـألـة

قال الشّافعيّ: ((فَأَمّا[1] الطَّرِيْقُ الَّتِي لا تُمْلَكُ فَلا شُفْعَةَ فِيهَا،وَلا بِهَا)).[2]

وهذا كما قال.

إذا باع داراً لا حصَّة فيها لشريك وكانت الدَّار في شارع، أو زقاق [3] نافذ لم تثبت الشُّفْعة في الطَّريق؛لأنَّه، لا يملك شيئاً منها وإنَّما له حقُّ الاستطراق،وما لا يملكه البائع ولا ينتقل إلى المشتري بالعقد فلا شفعة فيه. [4]

وكذلك لا شفعة في الدَّار؛لأنَّه لا حصَّة فيها لغير البائع،ولا تثبت فيها بالطَّريق؛لأنَّها غير مملوكة للبائع،وما كان غير مملوك فلا تثبت فيه الشُّفْعة ولا في غيره الذي يملك به. [5]

فأمَّا إذا كان الزُّقاق/ غير نافذ فإنَّ الطَّريق مملوك لأهل الدَّرب وهو مشترك بينهم،فالبائع قد باع داره وحصَّته من الطَّريق [6] ،فهل تثبت الشُّفْعة في حصَّته من الطَّريق أم لا ؟

يُنظر :فإن كان لتلك الدَّار باب إلى درب مفتوح،ولكن لها موضع يمكن فتحه إليه منها إلى شارع أو زقاق نافذ تثبت الشُّفْعة في الطريق لأهل الدَّرب، وكان لهم أخذ

٥/ل

---

(١) في المختصر المطبوع (وأما)ص١٣٠.

(٢) مختصر المزني ص١٣١.وتمامه(: وأما عرصة الدار تكون محتملة للقسم وللقوم طريق إلى منازلهم فإذا بيع منها شيء ففيه الشُّفْعة).

(٣) الزُّقاقُ:هو طريق نافذ أو غير نافذ ضيّق دون السِّكة ،والجمع أزِقَّة وزُقّاق. لسان العرب ١٠/١٤٣-١٤٤.

(٤)انظر/ الحاوي ٧/٢٧٢،بحر المذهب ٩/ل ٩٠، التهذيب ص٥١٢، البيان ٧/١٠٤،الروضة ٥/٧٢.

(٥) انظر المراجع السابقة.

(٦) أما الدَّار فلا تثبت فيها الشُّفْعة على الصحيح.

انظر/ البيان ٧/١٠٤،الروضة ٥/٧٢.

حصَّته بالشُّفْعة، [١] فإذا أخذها بطل حــــقُّ اســـتطراقه [٢] في ذلـــك الـــدَّرب إلى داره،وكان له فتح باب إلى الشَّارع والزُّقاق النافذ،وإن لم يكن له رسم [٣] بـــــه؛لأنَّ أحداً لا يمنع من فتح باب إلى شارع أو درب نافذ،فــــإذا كـــان كذلـــك أمكنـــه الاستطراق إليها من موضع آخر فجاز أخذ حصَّته بالشُّفْعة من هذا الطريق،وإبطـــال حقِّ استطراقه فيه.[٤]

فأمَّا إذا لم يكن للمشتري طريق إلى تلك الدَّار غيره؛لأنَّ ظهر داره إلى زقـــاق غـــير نافذ،و لم يكن له رسم الاستطراق إلى داره منه لم يكن له ولا لأهل ذلك الزُّقـــاق أن يمنعوه؛لأنَّ الطَّريق ملك لهم،فهل تثبت الشُّفْعة في الطريق أم لا ؟.

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تثبت فيه الشُّفْعة [٥] ؛لأنَّ الضَّرر لا يُزال عـــن الشَّـــفيع بضـــرر علـــى المشتري،وفي إثبات الشُّفْعة له في هذا الموضع ضرر على المشتري؛لأنَّه يبطـــل حـــقَّ استطراقه إلى الدَّار بأخذ الطَّريق بالشُّفْعة،وليس له طريق إليها من غير هذا الموضـــع فتبقى داره بلا طريق [٦] .

---

[١] وذلك إذا كان الطريق واسعاً يمكن قسمته ،أما إذا كان ضيقاً إذا قسم لم يصب كلّ واحد منهم طريقـاً فلا شفعة. انظر/ البيان ١٠٤/٧-١٠٥.

[٢] أي المشتري للدار .

[٣] الرسم: الأثر ،ورسم الدَّار :ما كان من آثارها لاصقاً بالأرض.
مختار الصحاح ص٢٤٣،و انظر/ القاموس المحيط ص١٠٠٤.

[٤]على الصحيح .
انظر/ المهذب ٢١٣/٢، التهذيب ص٥١٢، البيان ١٠٤/٧، فتح العزيز ٤٨٩/٥-٤٩٠، الروضـة ٧٢/٥، فتح الجواد ٥٦٢/١.

[٥] انظر/ المهذب٢١٣/٢،الوجيز ٢١٥/١، التهذيب ص٥١٢، البيان ١٠٥/٧، الروضة ٧٢/٥.

[٦]انظر/ المهذب٢١٣/٢،التهذيب ص٥١٢، البيان ١٠٥/٧، فتح العزيز ٤٩٠/٥.

والثَّاني: أنَّ الشُّفْعة تثبت فيه دون الدَّار [1] ؛لأنَّه طريق واسع يحتمل القسمة ،ودخل في العقد مع معرفته بذلك ،فقد رضي بذلك الضَّرر وحصل التفريط من جهته ،فيؤخذ الطريق بالشُّفْعة وتحصل له الدَّار بلا طريق.[2]

والثَّالث: أنَّه يأخذ الطَّريق بشرط أن يكون له حقُّ الاستطراق إلى الدَّار ويكون الملك لهم [3] ؛ولأنَّه لا يمكن إبطال الشُّفْعة؛لأنَّ شرطها ومعاني ثبوتها قد وُجدت ولا يمكن أن يُجعَل لهم منعه من الاستطراق؛لأنَّ فيه ضرراً عليه فَجُعل لهم الملك، وله الاستطراق حتى يزول الضَّرر عن الفريقين [4] .

والصحيح الوجه الأول.[5]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٠، التهذيب ص٥١٢، البيان ٧/١٠٥،فتح العزيز ٥/٤٩٠.

[2] انظر/ المراجع السابقة .

[3] رجحه الغزالي في الوجيز ١/٢١٥,

وانظر/ التهذيب ص٥١٢، بحر المذهب ٩/ل ٩٠،حلية العلماء ٥/٢٦٩،البيان ٧/١٠٥.

[4] انظر/ المراجع السابقة .

[5] وهو الأصح .

انظر/ البيان ٧/١٠٥،الروضة ٥/٧٣،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٢٩٨.

[٤٩] مسـألــة

قال: ((وَلولِيِّ الْيَتِيمِ وَأَبِي الصَّبِيِّ أَنْ يَأْخُذَا بالشُّفْعة لِمَـــنْ يَلِيَـــان،إذَا كَــانَتْ غِبْــطَةً، [١] فَإنْ لَمْ يَفْعَلا فإذَا وَلِيَا مَالَهُمَا أَخَذَاهَا)). [٢]

وهذا كما قال.

إذا بيع شقص من دار وللمُوَلَّى عليه بصغر أو جنون أو حَجْر شركةٌ فيــها ثبتــت الشُّفْعة فيه للمُوَلَّى عليه. [٣] وكان/ للوليِّ إمَّا الأب أو الجـــدّ أو غيرهمـــا أخـــذه بالشُّفْعة .

٥/ل/٢٧٦

هذا مذهبنا [٤] ،وبه قال أبو حنيفة [٥] .

وقال ابن أبي ليلى [٦] : لا شفعة فيه [٧] .

وقال الأوزاعي [٨] : تثبت فيه الشُّفْعة،وليس للوليّ أن يأخذه ويتأخَّر ذلك حتى تزول الولاية عن المُوَلَّي عليه،ثمّ يأخذه بنفسه [٩] .

---

[١] الغِبطة :بالكسر حسن الحال والمَسرَّة .

انظر/ القاموس المحيط ص٦١١،النظم المستعذب ص١٢٩.

[٢] مختصر المزني ص١٣١.

[٣] يلاحظ أنّ في هذه المسألة ثلاث مسائل .

أ- ثبوت الشُّفْعة للمولى عليه .وهو قول أكثر أهل العلم ،وهو الذي بدأ بها الشارح.

ب- وهل له الخيار إذا بلغ ؟

جـ-هل للولي الأخذ بالشُّفْعة للمولى عليه سواء كان فيها غبطة له أم لا ؟. وهذه مسألة المختصر هنا .

[٤] انظر/ اختلاف العراقيين ٤/٨، الإشراف لابن المنذر ١/٤٦،الحاوي ٧/٢٧٦،البيان ٦/٢١٣.

[٥] انظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٤،المبسوط ١٤/٩٨،٩٩،مختصر اختلاف العلماء ٤/٢٤٤.

[٦] تقدمت ترجمته في ص٢٨٤.

[٧] انظر/ اختلاف العراقيين ٤/٨، الإشراف لابن المنـــذر ١/٤٦، المغـــني ٧/٤٧٠، مختصـــر اختـــلاف العلماء٤/٢٤٤،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٥٨.

[٨] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

[٩] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩١، المغني ٧/٤٧١-٤٧٢،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهـــل الشـــريعة ٢/٥٨.

فأمَّا ابن أبي ليلى فقد احتجَّ بأنَّ المُوَلَّى عليه لا يصحُّ أخذه الشِّقص بالشُّفْعة؛لأنّه ليس له المطالبة.

ولا يجوز أن يقال: إنَّه يتأخَّر حتى تزول عنه الولاية؛لأنّ على المشتري ضرراً في ذلك ؛لتَعوق [1] الشِّقص عليه إلى ذلك الوقت .

ولا يجوز أن يقال: إنَّ للمَولي أخذه؛لأنّه لا يملك العفو عنه، ومن لا يملك العفو عن الشِّقص لا يملك أخذه بالشُّفْعة،فإذا بطلت هذه الوجوه لم يبق إلا أنَّ الشُّفْعة لا تثبت.[2]

ودليلنا:

قوله ﷺ: ((**الشُّفْعة فيما لم يقسم**))[3] و لم يفرِّق.

ولأنّه خيار ثابت جعل لإزالة الضَّرر عن المال، فجاز أن يثبت للولي في حقِّ الصَّبي؛الدليل عليه: خيار الرَّدَّ بالعيب فإنَّه يثبت للوليّ في مال الصَّبي.[4]

فأمَّا الجواب: عمَّا ذكره فهو أن نقول: قولكم: إنَّه لا يمكن تأخيره حتى تزول الولاية عنه؛لأنّ فيه ضرراً على المشتري يبطل به إذا كان الشَّفيع غائباً ،فإنَّ الشُّفْعة تثبت ويتأخّر الأخذ إلى حين رجوعه،وإن كان في ذلك ضرر على المشتري. [5]

وقولكم :إنَّه لا يصحُّ عفوه عن الشُّفْعة فلم يكن له أخذها غير مسلّم؛لأنَّ عندنا يصحُّ عفوه في الموضع الذي مثله يصحُّ أخذه ،وهو إذا كان في عفوه حظٌّ وغبطة .

وأمَّا الأوزاعي [6] فقد احتجَّ بشيء واحد وهو أنَّه قال :خيار القصاص إذا ثبت للمَوْلَّى عليه لم يكن للوليِّ استيفاؤه ؛[7] فكذلك خيار الشُّفْعة.

---

[1] عاقه عوقاً من باب قال ،واعتاته وعوَّقه، العَوْقُ :الحبس والصَّرف والتَّثبيط والمنع .
انظر/ القاموس المحيط ص٨٢٢،المصباح المنير ص ١٦٦

[2] بحر المذهب ٩/ل ٩١،المغني ٧/٤٧٠.

[3] تقدم تخريجه في ص٢٨٩.

[4] بحر المذهب ٩/ل ٩١،المغني ٧/٤٧٠.

[5] وقد تقدمت هذه المسألة ص٣٠٨-٣٠٩.

[6] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

[7] وليس له العفو عنه.انظر/ الوجيز ١/١٧٧، الروضة ٤/١٨٩.

ودليلنا :

ما ذكرنا من القياس على الردِّ بالعيب .[1]

والفرق بين الشُّفْعة وبين القصاص أنَّ القصاص للتَّشفِّي ودرك الغبطة ،وذلك لا تقع فيه النيابة فأُخِّر حتى يبلغ وتزول عنه الولاية ،وليس كذلك في مسألتنا ؛لأنَّ القصد بأخذ الشُّفْعة إصلاح المال واستجلاب الفضل فيه ، وذلك مما تصحُّ فيه النِّيابة ولأجله نصب الوليّ فكان له أخذه، كما قلنا في التَّصرُّف في البيع والشراء وأنواع التجارة[2] وفي الردِّ بالعيب ،وغير ذلك ؛فلهذا جاز أن يثبت للوليِّ.

إذا ثبت ما ذكرنا فإنَّما يجوز للوليِّ الأخذ إذا كان للمَوْلّي عليه في ذلك حظٌّ وغبطة ،مثل أن يكون ذلك الشِّقص بيع بأقلَّ من ثمن مثله أو بثمن مثله /وبأخذه تزيد قيمة دار المَوْليِّ عليه ،وله مال لا يحتاج إليه لنفقته ومؤونته كان الحظُّ في ذلك أن يأخذه فإذا أخذه ثبت الملك للمَوْلىِّ عليه، ويثبت للوليِّ التَّصرُّف فيه، كما إذا اشترى للمَوْلىِّ عليه داراً ثبت ملكها وكان له التَّصرُّف فيها .[3]

٥/ل/٢٧٦ب

وإذا زالت الولاية عنه لم يكن له أن يردَّ ذلك ؛لأنَّ كلَّ تصرُّف من الوليِّ إذا كان على وجه الحظِّ للصَّبيِّ لزم ذلك في حقِّه،وليس له ردُّه إذا بلغ وزالت عنه الولاية، كما لو اشترى له أو باع عليه وكان الحظُّ له في ذلك ،فإنَّه يلزمه ولا يملك رده إذا زالت عنه الولاية، فكذلك أيضاً هاهنا[4] .

هذا إذا كان له الحظُّ في الأخذ فأخذ.

---

[1] المتقدم في الاستدلال الأول.

[2] انظر/ البيان ٢٠٨/٦.

[3] انظر/ الحاوي ٢٧٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩١،التهذيب ص٥٤٩-٥٥٠،البيان ٢١٢/٦.

[4] الحاوي ٢٧٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩١، المهذب ١٢٧/٢-١٢٨،حلية العلماء ٣١٣/٥.

- وهو الأصح .

- وفي وجه أنَّه يمكن من الأخذ ؛لأنَّه لو كان بالغاً لكان له الأخذ ،وافق المصلحة أو خالفها.

انظر/ الوجيز ١٧٧/١،فتح العزيز ٨١/٥-٨٢،الروضة ١٨٩/٤.

فأمَّا إذا عفا عن الشُّفْعة والحظُّ في أخذها لم يصحَّ عفوه، وإذا زالت الولايـــة عـــن الْمَوَلَّى عليه كان له أخذه.(١)

وقال أبو حنيفة: يصحُّ عفوه، وليس للمَوْلَّى عليه أخذه بعد ذلك.(٢)

واحتجَّ من نصره بثلاثة أشياء:

أحدها: أنَّ كلَّ من كان له أخذ الشُّفْعة كان له العفو عنها كالمالك.(٣)

ولأنَّه نائب عن المولى عليه وقائم مقامه، ولو زالت الولاية عنه كان له العفو والأخــذ وإن كان الحظ في خلاف ذلك فكذلك هاهنا.(٤)

ولأنَّا أجمعنا (٥) على أنّه إذا أخذ الشِّقص بالثَّمن وأراد أن يبيعه بمثل ذلك الثَّمــن في المقدار والصفة كان له ذلك، فكان له أن يبقي الثَّمن بحاله في ملكه ،(٦) لا فــائدة في أن يأخذه ثم يبيعه بمثل ما أخذه. (٧)

ودليلنا:

أنّه إسقاط حقٍّ ثابت للمُوَلَّى عليه ،ليس له فيه حظٌّ ولا غبطة ،فوجب أن لا يصـــحَّ ،أصله الإبراء عن حقوقه وأمواله.(٨)

---

(١) انظر/ اختلاف العراقيين ٤/٨، لحاوي ٧/٢٧٦،حلية العلماء ٥/٣١٢،مغني المحتاج ٢/١٧٦.

(٢).وهو قول أبي حنيفة ،وأبي يوسف وعليه الفتوى .

وقال محمد بن الحسن وزفر :إنَّه لا يصح عفوه وللمولي عليه أخذه .

انظر/ عيون المسائل ص١٣٣ ،مختصر الطحاوي ص١٢٤ ،المبسوط ١٤/١٥٥،حاشـــية ابـــن عـــابدين ٥/١٥٣.

(٣) انظر/ بدائع الصنائع ٤/١١٥.

(٤)انظر/ المبسوط ١٤/١٥٥.

(٥) المراد بالإ جماع هنا الاتفاق مع الخصم .

(٦) لعل هنا سقطاً تقديره (لأنّه).

(٧)انظر/ المبسوط ١٤/١٥٥.

(٨) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩١.

ولأنَّه خيار ثابت لإزالة الضَّرر عن المال ،فإذا لم يكن الحظُّ في إسقاطه لم يصح إسقاطه كخيار الردِّ بالعيب؛ لأنَّه إذا كان له الحظ في الرد لم يكن له إسقاط ذلك برضاه بالعيب، فكذلك هاهنا. [1]

فأمَّا الجواب عمَّا ذكروه فهو أن نقول: إنَّما كان للوليِّ أخذه إذا كان الحظُّ في الأخذ ،وكذلك العفو إذا كان له الحظ في العفو.

ثم هذا يبطل بالوكيل ؛لأنَّ له الأخذ وليس له العفو،ثم المعنى في المالك أنَّ تصرُّفه مبني [2] على الاحتياط والحظّ والغبطة والذي يدلُّ عليه: أنَّه يهب ماله ،ويعتق عبده ،ويبيع ما يساوي ألفاً بمائة ،وتصرُّف الوليّ مبنيّ على الاحتياط؛لأنَّه لا يملك أن يعتق عبده ولا أن يهب ماله [3] ،ولا أن يبيع بأقلّ من ثمن مثله.[4]

وكذلك الجواب عن دليلهم الثَّاني [5] .

وأمَّا دليلهم الثَّالث ،فالجواب عنه: أنَّه إذا كان الحظُّ في أخذه بذلك الثَّمن لم يجزله أن يبيعه بعد ذلك بمثله في القدر /والصفة؛لأنَّه لا حظّ له في بيعه فلا نسلِّم لهم ذلك.

5/ل/277أ

هذا كلُّه إذا كان حظُّ المَوْلىّ عليه في الأخذ فأخذ الولي أو عفا.

فأمَّا إذا كان الحظُّ في العفو ،مثل أن تكون الحصَّة بيعت بأكثر من ثمن مثلها ،أو بثمن مثلها،وليس للصَّبيِّ مال معه ويحتاج الوليُّ أن يرهن ويستقرض ونحو ذلك.

نظر :فإن أخذ لم يصحَّ الأخذ و لم يملك الصَّبي الشِّقص و لم يثبت له التصرف فيه؛لأنَّ تصرُّفه له إنَّما يصحُّ إذا كان له الحظ في ذلك ،ولا حظَّ له في هذا ،فهو كما لو اشترى له شيئاً بأكثر من ثمن مثله [1] .

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٧٦.

[2] كذا في المخطوط وصوابه(غير مبني) كما يدل عليه السياق .

[3] انظر/ الوجيز ١/١٧٧،الروضة ٤/١٨٧.

[4] انظر/ الوجيز ١/١٧٧الروضة ٤/١٨٩.

[5] وهو قولهم (ولأنَّه نائب عن المولى عليه وقائم مقامه، ولو زالت الولاية عنه كان له العفو والأخذ وإن كان الحظ في خلاف ذلك، فكذلك هاهنا).

إذا ثبت هذا فإنَّ الشِّقص يكون باقياً على ملك المشتري.

فإن قيل: فهلَّا قلتم:إنَّ ذلك يلزم الوليّ في حقّه إذا لم يصح في حق الصَّبيِّ ،كما إذا اشترى شيئاً بأكثر من ثمن مثله لم يصحَّ في حقِّ الصَّبي ولزمه في حقِّه؟.

قيل: لأنَّ الشِّقص إنَّما يؤخذ بالشُّفْعة لأجل الشَّركة، والشَّركة للصَّبيِّ دونه،وليس كذلك الشِّراء ؛لأنّه إنَّما يصحُّ الشِّراء للصَّبيِّ إذا اختار ذاك له، فذكر أنَّه يشتريه له، أو نواه .

فأمَّا إن أطلق فإنّ الشِّراء يكون له، ألا ترى أنّه إذا أراد أن يشتري شيئاً للصَّبي كان له أن يشتريه لنفسه ويدع الصَّبي؟ وإذا أراد أخذ الشِّقص بالشُّفْعة للصبي لم يكن بالخيار بين أن يأخذه للصبي وبين أن يأخذه لنفسه ؟وإذا أخذه لنفسه لم يصح أخذه.؟[2]

وهذا كما لو كان وكيلاً في النِّكاح فإنَّ الوليّ يحتاج أن يقول:زوَّجتُ فلاناً موكِّلك،ولا يجوز أن يطلق ذلك ،وإذا ذكر الموكِّل فإنَّ الوكيل يقبل النِّكاح لموكِّله وإذا قبله لنفسه لا يصحُّ ؛لأنَّه إذا أوجب الوليُّ النِّكاح على ما ذكرنا لم يكن الوكيل فيه بالخيار بين أن يقبل لموكله وبين أن يقبل لنفسه.[3]

فإذا قبل لموكله على غير م أذن له فيه لم يلزم الموكِّل و لم يلزم الوكيل ،فكذلك في مسألتنا الشُّفْعة إذا أخذها الوليُّ ولا حظَّ للصَّبيِّ في الأخذ لم يصح في حقّه و لم يلزم الوليّ.

وأمَّا إذا عفا عنه صحَّ عفوه؛لأنَّ الحظَّ له في ذلك ،وإذا بلغ الصَّبي لم يكن له الأخذ، كما إذا كان له الحظ في الأخذ فأخذ لم يكن له ردَّه إذا بلغ،وهذا هو الأصحَّ من المذهب.[4]

=

[1] انظر/ الحاوي ٢٧٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٢،التهذيب ص٥٥٠.

[2] انظر/ الحاوي ٢٧٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٢.

[3] انظر/ الوجيز٧/٢،الروضة ٧٤/٧-٧٥.

[4] كما تقدم في ص٣٨٦.

وقال أبو إسحاق: [1]زعم بعض أصحابنا [2] أنَّه لا يصحُّ عفوه ؛لأنَّه إذا لم يكن لـه الحظ في الأخذ فإنَّه لا يأخذ ،ويدع الشِّقص بحاله ، ولا فائدة لعفوه عنه ،ثم إذا بلـغ الصَّبيُّ كان في العفو والأخذ بالخيار.[3]

وهذا غلط؛لأنّ الوليّ يتصرّف على وجه الاحتياط والحظّ، وإذا كان الحظُّ في العفـو فعفا صحَّ، كما لو كان في الأخذ فأخذ،وقول هذا القائل أنَّه لا فائدة في العفو عنه لا يصحُّ؛لأنَّه إنَّما يجعل له العفو لما فيه من الفائدة [4] ،والله أعلم.

---

[1]تقدمت ترجمته في ص١٤٠.

[2]وهو قول أبي علي بن أبي هريرة.

انظر/ الحاوي ٢٧٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٢.

[3] انظر المرجعين السابقين .

[4] انظر/ المهذب ١٢٩/٢.

د

[٥٠] /مســألــة

قال الشّافعيّ: ((**وَلَو** [١] **اشْتَرَى شِقْصاً عَلَى أَنَّهُمَا جَمِيعاً بالْخِيَارِ فَلا شُفْعَةَ حَتَّى يُسَلِّمَ الْبَائِعُ، وَإنْ** [٢] **كَانَ الْخَيَارُ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِع فَقَدْ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ ،وَفِيهِ الشُّفْعة**)). [٣]

وهذا كما قال.

إذا باع الشِّقص بخيار ثلاثة أيام نظر :

فإن كان الخيار للبائع وحده ،أو كان الخيار له وللمشتري معاً لم يكن للشفيع أخذ الشِّقص بالشُّفْعة حتى ينقطع الخيار [٤] سواء قلنا: إنَّ الملك ينتقل بالعقد ،أو يكون مراعى ولا ينتقل إلا بالعقد وانقطاع الخيار؛لأنَّ البائع شرط الخيار لنفسه حتى ينظر أيّ الأمرين أحظُّ له من إمضاء البيع أو فسخه.[٥]

فإذا جعل للشِّفيع أخذه بالشُّفْعة أبطلنا على البائع ذلك الغرض الذي يفيده بشرط الخيار. [٦]

فأمَّا إذا جعل الخيار للمشتري دون البائع :

فإن قلنا :لا ينتقل الملك إلا إذا انقطع الخيار لم يكن له أخذه [٧] ؛لأنَّه إنَّما يأخذه من المشتري بعد أن ملكه ،و لا يصحُّ أن يُستَحقُّ عليه ما لم يملكه بعد.

---

[١] في المختصر المطبوع(فإن).

[٢] في المختصر المطبوع (ولو).

[٣] مختصر المزني ص ١٣١.

[٤] انظر/ الأم ٤/٤،الإشراف لابن المنذر ١/٥٣، الحاوي ٧/٢٧٨، التهذيب ص٥٣١.البيان ٧/١١٠.

[٥] انظر/ البيان ٧/١١٠.

[٦] انظر/ المهذب٢/٢١٤، بحر المذهب ٩/ل ٩٣،التهذيب ص٥٣٢،الوجيز ١/٢١٥.

[٧] وهو الأصح.

وفي وجه أنَّ للشفيع أن يأخذ الشِّقص .

فتح العزيز ٥/٤٩٣،الروضة ٥/٧٤.

وإن قلنا :هو مراعى [1] فليس له أخذه أيضاً [2] ؛لأنَّه ما انكشف بعد أنَّه ملك لـــه [3] ؛لأنَّه إن فسخ علمنا أنَّه ما كان ملكه، وإن لم يفسخه علمنا أنَّه كان ملكه، فلــم يكن له الأخذ قبل الانكشاف.

وإن قلنا: إنَّه ينتقل بنفس العقد فالذي نقل المزني أنَّ للشَّفيع أخذه. [4]

ونقل الربيع [5] أنَّه ليس له أخذه.[6]

فالمسألة على قولين:

قال أبو إسحاق [7] : والصحيح ما نقله الربيع. [8]

فإذا قلنا: له أخذه فوجهه شيئان:

أحدهما: أنَّ البيع إذا استقرَّ للمشتري بانقطاع الخيار كان للشَّفيع أخذ الشِّقص منـــه ،فأولى أن يكون له أخذه قبل أن يستقرَّ له.[9]

---

[1] أي موقوف.

[2] وفيه الوجهان السابقان .انظر/ فتح العزيز ٤٩٣/٥،الروضة ٧٤/٥.

[3] انظر/ المهذب٢١٥/٢،البيان ١١٠/٧.

[4]انظر/ المختصر المطبوع ص١٣١.و انظر/ الحاوي ٢٧٨/٧،فتح العزيز ٤٩٣/٥.
والأظهر ما نقله المزني .
انظر/ المهذب ٢١٥/٢،التهذيب ص٥٣٢،البيان ١١٠/٧، فتح العزيز ٤٩٣/٥، الروضة ٧٤/٥، المنهاج مع مغني المحتاج ٢٩٩/٢.

[5]الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل أبو محمد المرادي مولاهم المصري المؤذن صـــاحب الإمـــام الشافعي وناقل علمه وشيخ المؤذنين بجامع الفسطاط ، مولده في سنة أربع وسبعين ومئة أو قبلها بعـــام سمع :عبد الله بن وهب وبشر بن بكر التنيسي وأيوب بن سويد الرملي ومحمد بن إدريس المطلـــبي، حدث عنه :أبو داود وابن ماجة والنسائي وأبو عيسى وأبو زرعة . مات بمصر سنة سبعين ومائتين.
انظر/ طبقات الفقهاء ص١٠٩،سير أعلام النبلاء ٥٨٧/١٢.

[6] انظر/ الأم ٤/٤.

[7] وهو أبو إسحاق المروزي وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٤،البيان ١١٠/٧،فتح العزيز ٤٩٣/٥.

[9] انظر/ التهذيب ص٥٣٢،فتح العزيز ٤٩٣/٥،المهذب ٢١٥/٢.

ولأنَّه خيار ثابت للمشتري؛ فوجب أن لا يمنع من أخذ الشِّقص بالشُّفْعة ،أصلـــه إذا أصاب به عيباً فإنَّ للشَّفيع أن يأخذه،وليس للمشتري ردُّه بالعيب.[1]

ووجه ما نقله الربيع شيئان:

أحدهما: أنَّه خيار مشروط لأحد المتبايعين ،فوجب أن يمنع الشَّفيع عن الأخذ، أصلــه إذا كان الخيار مشروطاً للبائع.[2]

ولأنَّ المشتري إنَّما شرط هذا الخيار لينظر أيّ الأمرين أحظُّ له من البقـــاء عليـــه أو الفسخ؛لأنَّ عُهْدة الشَّفيع تلزم المشتري، فيحتاج أن ينظر في ذلك،وهـــــل يقتضـــي الحـــال أن يلزم عُهْدة الشَّفيع أم لا؟،وإذا كان الخيار قد قصد به هذا الغرض ،فـــإذا جعلنا للشَّفيع أخذه أبطلنا عليه ذلك الغرض ،وألزمناه عُهْدَة الشَّفـــيع، وذلـــك لا يجوز. [3]

فأمَّا الذي ذكروه فيبطل به إذا كان /الخيار للبائع فإنَّ البيع إذا اســـتقرَّ للمشـــتري بانقطاعه أخذ الشَّفيع الشِّقص، وقبل أن يستقر بانقطاعه فليس للشَّـــفيع أن يـــأخذ الشِّقص. [4]

فأمَّا دليلهم الثَّاني فالجواب عنه :أنَّ القصد بخيار الرَّدّ بالعيب استدراك الظُّلامة ،فـــإذا أخذه الشَّفيع مع العيب فإنَّما يأخذه بالثَّمن المعلوم الذي أخذه به المشتري وهو معيب ،فقد حصل له الغرض وقد استدرك الظُّلامة بأخذ الشَّفيع معيباً ،وليس كذلـــك في مسألتنا؛لأنَّ الخيار إنَّما ثبت، لينظر أيّ الأمرين أحظُّ له على ما بيَّنّاه ،فإذا جعلنا لـــه الأخذ أبطلنا عليه ذلك الغرض.[5]

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٧٨،البيان ٧/١١٠.

[2] انظر/ التهذيب ص٥٣٢،المهذب ٢/٢١٥، البيان ١١٠.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٤،البيان ٧/١١٠.

[4] كما تقدم في ص٣٩١

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٤.

فصل

إذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما حصَّته منها بشرط خيار ثلاثة أيام ،ولم يعلم الشَّفيع بذلك، وهو الشَّريك الآخر، ثم باع الشَّفيع حصَّته أيضاً بلا خيار، وعلم بعد ذلك ببيع الشريك الأوَّل،فإنَّ البائع الثَّاني لا شفعة له ولا للمشتري منه. [1]

فأمَّا البائع الأوَّل فهل تثبت له الشُّفْعة فيما باعه الثَّاني أم لا ؟

إن قلنا: إنَّ الملك لا ينتقل بنفس العقد،وإنَّما ينتقل بالعقد وانقطاع الخيار كانت الشُّفْعة ثابتة للبائع الأول؛لأنَّ مدَّة الخيار لم تنقض بعد.

وإن قلنا: إنَّ الملك ينتقل بنفس العقد كانت الشُّفْعة ثابتة للمشتري.

وإن قلنا: إنَّه مراعى، فإن فسخاه تبيَّنَّا أنَّ الشُّفْعة كانت للبائع الأوَّل وإن أمضياه تبيَّنَّا أنَّها كانت للمشتري منه [2] ،والله أعلم.

---

[1] انظر/ البيان ١١١/٧،فتح العزيز ٤٩٣/٥،الروضة ٧٥/٥.

[2] انظر/ المراجع السابقة.

[٥١] مسـألـة

قال: ((**وَلَو كَانَ مَعَ الشُّفْعة عَرَضٌ بِثَمَنٍ،** [١] **فَإِنَّه يَأْخُذُ الشُّفْعة بِحِصَّتِـهَا مِـنَ الثَّمَنِ**)).

وهذا كما قال.

إذا باع شقصاً من دارٍ وسيفاً ،أو غيره من العُرُوض صفقة واحدة ،ثبتت الشُّفْعة للشَّفيع في الشِّقص دون العرض الذي بيع معه ،فيأخذه بحصَّته من الثَّمن، ويدع العرض على ملك المشتري. [٢]

وقال مالك: يأخذهما معاً بجميع الثَّمن أو يدعهما [٣] ؛لأنّه إذا أخذ الشِّقص دون العَرَض كان في ذلك تبعيض للصَّفقة عليه؛لأنّه اشتراهما صفقة واحدة ،وفي التبعيض ضرر فلم يجز؛لأنَّ الضَّرر لا يزال بالضَّرر، كما لو ثبتت له الشُّفْعة في الشِّقص وحده فأراد أن يأخذ بعضه.

---

[١] في المطبوع (والثَّمن واحد)ص١٣١.

[٢] انظر/ الحاوي ٢٨١/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٥/٩،المهذب ٢١٥/٢.
-وهو المذهب المشهور ،وقيل :لا تثبت الشُّفْعة في الشِّقص لتفرق الصَّفقة على المشتري.
انظر/ البيان ١١٩/٧-١٢٠.

[٣] والذي وجدته عن مالك خلاف، ذلك قال في الموطأ: (من اشترى شقصاً في دار أو أرض ،وحيواناً وعروضاً في صفقة واحدة ،فطلب الشَّفيع شفعته في الدَّار ،أو الأرض فقال المشتري خذ ما اشتريت جميعاً ،فإني إنَّما اشتريته جميعاً .قال مالك :بل يأخذ الشَّفيع شفعته في الدَّار أو الأرض،بحصَّتها من ذلك الثَّمن ،يُقام كلُّ شئ اشتراه من ذلك على حِدِته ،على الثَّمن الذي اشتراه به ،ثم يأخذ الشَّفيع شفعته بالذي يصيبها من القيمة من رأس الثَّمن ولايأخذ من الحيوان والعروض شيئاً إلا أن يشاء ذلك) ٧١٦/٢،وانظر/ الاستذكار ٢٨٨/٢١، والتاج والإكليل لمختصر خليل مطبوع مع مواهب الجليل٣١٧/٥،حاشية الدسوقي ٢١٦/٥.
- ونقل ابن قدامة في المغني عن ،مالك مثل مانقله المصنف ٤٨٢/٧.
- ونقل الماوردي عن مالك أنّه إذا كان العرض المضموم إلى الشِّقص مما يستعمل في الشِّقص المشترك كالعبد العامل في الأرض ،والدلو أُخذ بالشُّفْعة مع الشِّقص تبعاً. الحاوي ٢٨١/٧

ودليلنا:

ما روى جابر عن النّبيِّ ﷺ **(أنّه قضى بالشُّفْعة في كلّ شيء لم يقسم، رَبْعَة)**. [1]
فدلَّ على أنّ ثبوت الشُّفْعة فيما كان رَبْعاً دون غيره.
ولأنّهما [2] كلُّ واحد منهما ليس بتابع غيره، وإذا أفرد أحدهما ثبتت الشُّفْعة فيه [3] ،وإذا أفرد الآخر لم تثبت فيه الشُّفْعة [4] فإذا اجتمعا و لم يكن أحدهما تبعاً للآخر لم يحمل أحدهما على الآخر؛ لتساويهما، ووجب/ أن يُحْمل كلُّ واحد منهما على ما يجوز عليه في حال الانفراد. [5]

ه/ل/٢٧٨ب

ولا يدخل عليه الحائط والغراس حيث قلنا تثبت الشُّفْعة فيهما إذا بيعت الأرض ؛لأنّها تبع لها؛ولهذا يدخل في بيع الأرض بالإطلاق . [6]
وأمّا في مسألتنا فكلٌّ واحد منهما ليس بتبع للآخر . [7]
وأمّا الجواب عن قولهم :إنّ عليه ضرراً في ذلك؛لأنّ الصّفقة تتبعّض عليه، فهو أنّه رضي بهذا الضّرر؛لأنّه دخل في عقد قد اشتمل على **شيئين:**
أحدهما: تثبت فيه الشُّفْعة.
والآخر: لا تثبت فيه الشُّفْعة.
وعلم أنّ الذي لا تثبت فيه الشُّفْعة لا يلزم الشَّفيع أخذه، وإذا دخل على الرضا بذلك جاز تبعيض الصَّفقة عليه.

---

[1] تقدم تخريجه في ص٢٧٤.
[2] بياض بقدر كلمة أو كلمتين ولعل الساقط (إذا ضمَّ) بدليل ما بعده .
[3] وهو الشِّقص.
[4] وهو العرض.
[5] انظر/ الحاوي ٧/٢٨٢،البيان ٧/١٢٠.
[6] كما تقدم في ص٢٧٧.
[7] انظر/ الحاوي ٧/٢٨٢

فـــــرع

إذا باع رجل شِقْصَين [1] من دارين متميِّزين ثبتت الشُّفْعة فيهما معاً .

وينظر : -

فإن كان الشَّفيع في أحدهما غير الشَّفيع في الآخر فإنّ لكلٍّ واحـــد أن يـــأخذه وأن يعفو،فإن أخذا فذاك،وإن . . . [2] استقرَّ الشِّقصان للمشتري .

وإن عفا أحدهما صحَّ عفوه عن حقِّه ، ولا يلزم الآخر أن يـــأخذ مـــا عفـــا عنـــه صاحبه؛لأنَّه أخذ جميع ما له فيه شركة،ولا يلزمه أن يأخذ ما لا شركة له فيه.

وإن كان الشَّفيع فيهما واحداً : فإنَّ أخذهما معاً كان له ذلك،وإن عفا عنهما كان له ذلك.[3]

وإن أراد أن يأخذ أحدهما ويعفو عن الآخر **ففيه وجهان**: [4]

أحدهما:له ذلك، كما قلنا إن كان الشَّفيع في أحدهما غير الشَّفيع في الآخـــــر. [5] وحكي عن الشَّافعيّ.[6]

والثَّاني: أنَّه ليس له ذلك [7] ؛لأنَّه يأخذ بعض ما له فيه شركة ،فهو كما لو ثبتـــت الشُّفْعة في شقص وأراد أن يأخذ بعضه فليس له ذلك،فإمّا أن يأخذ الكلَّ أو يـــدع الكلّ [8] ؛لأنَّه يأخذ بعض ما له فيه شركه فكذلك هذا.

---

[1] أي صفقة واحدة ؛لأنَّ المراد هنا بيان الشُّفْعة التي فيها تفريق للصفقة والتي لاتفريق فيها للصفقة .

[2] بياض بقدر كلمة أو كلمتين ولعل الساقط. (لم يأخذ).

[3] انظر/ الحاوي ٢٨٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٥،التهذيب ص٥٣٤،الروضة ١٠٧/٥.

[4] وحكاهما الروياني والبغوي قولين ،انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٥، التهذيب ص٥٣٢.

[5] وهو الأصح .
انظر/ فتح العزيز ٥٣٦/٥،الروضة ١٠٧/٥، المنهاج مع مغني المحتاج ٣٠٦/٢.

[6] وهو محكي عن نصه القديم ،بحر المذهب ٩/ل ٩٥،فتح العزيز ٥٣٦/٥.

[7] قال الماوردي (وهو الأظهر من المذهب ،وليس له تفريق الصفقة...)الحاوي ٢٨٢/٧.
و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٥،التهذيب ص٥٣٢.

[8] انظر/ الحاوي ٢٨٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٥.

[٥٢] مسألة

قال: ((وعُهْدَةُ [١] الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ، وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي)).[٢]

وهذا كما قال.

العُهْدة في الشِّقص تثبت للمشتري على البائع، وللشفيع على المشتري. [٣]

فإن كان المشتري أخذ الشِّقص كان للشفيع أخذه منه؛لأنّ الشُّفْعة مستحقّة عليه،وإن كان بعد في يد البائع كلِّف المشتري أن يتسلّمه حتى يأخذ الشَّفيع بالشُّفْعة،وليس للشفيع أن يأخذه من البائع [٤] ؛لأنّه لا يستحقُّه عليه،وإنَّما يستحقُّه على المشتري.

وإن حكم الحاكم على البائع بتسليمه إلى الشَّفيع دون المشتري وتسلّمه [٥] كان له ذلك ،كما لو أخذه المشتري وأخذه الشَّفيع منه.[٦]

فإذا خرج الشِّقص مستحقّاً رجع الشَّفيع على المشتري ورجع المشتري على البائع.

وقال ابن أبي ليلى :[١] عُهْدة الشَّفيع على البائع دون المشتري/؛لأنّ الصَّفقة وجبت له فهو كالمشتري ... [٢] وجبت له الصَّفقة ،فإن عُهْدته على البائع [٣] ،وهذا قول عثمان البتِّي.[٤]

ل/٥/٢٧٩أ

---

(١) أي أنّه إذا خرج الشِّقص مُستحقاً رجع الشَّفيع بالثَّمن على المشتري، ويرجع المشتري على البائع .
انظر/ تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٣.

(٢) مختصر المزني ص١٣١.

(٣) انظر/ اختلاف العراقيين ٤/٨،الإشراف لابن المنذر ١/٥٣،الحاوي ٧/٢٨٣،بحر المذهب ٩/ل ٩/٩٥،البيان ٧/١٥٩.

(٤) وهو الأصح ، وبه قطع صاحب التنبيه .
انظر/ التنبيه ص١١٨،الروضة ٥/١١٢.
وانظر/ الحاوي ٧/٢٨٤،المهذب ٢/٢٢٢،التهذيب ص٥٣٠، البيان ٧/١٦٠،فتح العزيز ٥/٥٤٥.
-وفي وجه أنَّ للشفيع أخذه من البائع،وهو اختيار ابن سريج .
انظر/ الحاوي ٧/٢٨٤،المهذب ٢/٢٢٢،التهذيب ص٥٣٠،البيان ٧/١٦٠.

(٥) أي الشَّفيع.

(٦) انظر/ البيان ٧/١٥٩.

وقال أبو حنيفة: إن تسلّمه المشتري قبضه الشَّفيع منه، وكانت العُهْدة عليـــــه ،وإن كان في يد البائع تسلّمه الشَّفيع منه ،وإذا تسلّمه كان فسخاً للبيع في حقِّ المشـــــتري ؛لأنّ المبيع قد تعذّر تسليمه إلى المشتري بأخذ الشَّفيع إيَّاه فهو كما لو تلف،ولو تلف انفسخ البيع وثبتت العُهْدة للشَّفيع على البائع. [٥]

ودليلنا:

أنَّ حقَّ الشُّفْعة يُستحقُّ بتمام الملك فكان ذلك مستحقّاً على المشتري دون البـــائع [٦] ؛أصله عتق المبيع،وذلك مثل أن يشتري الرَّجل أباه وابنه ؛فإنَّه يعتق عليه،ويكون ذلك مستحقاً على المشتري دون البائع، [٧]فكذلك هذا.

=

(١) تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

(٢) بياض بقدر كلمة ولعل تقديره (الأول).

(٣) انظر/ الإشراف لابن المنذر ٥٣/١،الحاوي /٢٨٣، بحر المذهب ٩/ل ٩٥،المغني ٥٠٨/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٦/٢.

(٤)عثمان البتي فقيه البصرة أبو عمرو اسم أبيه مسلم، وقيل أسلم، وقيل سليمان بن هرمز وقيــــل :ابـــن جرموز الثقفي الليثي البصري ،وأصله من الكوفة حدث عن أنس بن مالك ،والشعبي، وعبد الحميد بن سلمة ،والحسن ،وعنه شعبة ،وسفيان ،وهشيم ،ويزيد بن زريع ، مات سنة ثلاث وأربعين ومائة.

انظر/ التأريخ الكبير ٢٤٤/٦،سير أعلام النبلاء ١٤٨/٦، المقتنى في سرد الكنى٤٣٠/١،تأريخ مولد العلماء ووفياتهم٣٣٤/١.

انظر قوله في بحر المذهب ٩/ل ٩٥،المغني ٥٠٨/٧،مختصر اختلاف العلماء ٢٤٢/٤،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٦٥/٢.

(٥) انظر/ المبسوط ١٠١/١٤-١٠٢،بدائع الصنائع ١٢٧/٤، مختصر اختلاف العلماء ٢٤٢/٤،حاشية ابـــن عابدين ١٤٥/٥.

- وروي عن أبي يوسف أن المشتري إذا كان نقد الثّمن و لم يقبض الدّار حتى قضي للشـــــفيع بمحضـــر منهما أنَّ الشَّفيع يأخذ الدّار من البائع وينقد الثّمن للمشتري والعهدة على المشتري . وإن كان لم ينقد دفع الشَّفيع الثّمن إلى البائع و لعهدة على البائع .

انظر/ المبسوط ١٠٢/١٤،بدائع الصنائع ١٢٧/٤.

(٦) انظر/ البيان ١٦١/٧.

(٧) انظر/ التنبيه ص١٤٥، فتح المنان ص٤٧٢-٤٧٣.

ولأنّ المشتري ملك الشِّقص والشَّفيع يأخذه ويملكه من جهته، بعوض يبذله ،فكانت عُهْدته عليه، كالمشتري مع البائع؛لأنّه يملك من البائع بالعوض فكانت عُهْدة الشِّقص عليه، [1] فكذلك هذا.

وأمّا الجواب عن قولهم: إنّ الصَّفقة وجبت للشفيع فهو :أنّها وجبت أوّلاً للمشتري ،ثمّ وجبت للشِّفيع من عند المشتري، وملكه عنه بعوض بذله له ،فهو مع المشتري كالمشتري مع البائع.

والذي ذكره أبو حنيفة فالجواب عنه: أنّا لا نسلّم أنّ الشُّفْعة ثبتت على البائع للشَّفيع ،وأنّ له أخذه من يده؛لأنّ عندنا أنّ الشُّفْعة تُستَحقُّ على المشتري ،فإن كان المبيع في يد البائع تسلَّمه المشتري ،ثمّ أخذه الشَّفيع ،ولو حكم الحاكم بتسليمه إلى الشَّفيع قبل تسليمه إلى المشتري كان ذلك كما لو قبضه المشتري ثمّ قبضه الشَّفيع منه. [2]

وأمّا قوله :إنّ الشَّفيع إذا أخذه من البائع انفسخ البيع في حقِّ المشتري .

فالجواب : أنّه لو كان قد انفسخ لوجب أن يرجع الشِّقص إلى البائع؛لأنّ البيع قد زال بالانفساخ ويسقط حقُّ الشُّفْعة؛لأنّ الشِّقص عاد كما كان ،وأجمعنا على أنّه لا يرجع عليه،ولا تسقط الشُّفْعة .[3]

فإن قيل: لا يمتنع أن ينفسخ البيع و لا تسقط الشُّفْعة؛ ألا ترى أنّهما لو تقايلا انفسخ البيع ؟وكان للشَّفيع مع ذلك أخذ الشِّقص بالشُّفْعة ؟.

---

[1] انظر/ الحاوي ٢٨٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٥.

[2] كما تقدم في ص٣٩٩.

[3] وعبر الماوردي عن هذا الجواب بقوله (أنّه بالعقد ملك الشُّفْعة وفي رفعة إبطال للشفعة)الحاوي ٢٧٤/٧، وانظر/ تكملة المجموع ٤٠٧/١٣.

فالجواب: أنهما إذا تقايلا كان لزوم الإقالة موقوف على ما يكون من الشَّفيع ،فـــإن رضي بذلك انفسخ البيع، ولزم الفسخ ،ورجع الملك إلى البائع، وسقطت الشُّفْعة،وإنْ لم يرض بذلك سقطت الإقالة ،وثبت الملك للمشتري، وكان له أخذه منه. [1]

٥/ل **وجواب** آخر :/وهو أنّه يبطل على مذهبهم بالدَّار إذا بيعت، فإنّ للمشتري أن يبيعها قبل أن يتسلّمها [2] فإذا باعها وجاء المشتري الثَّاني إلى البائع الأوّل والدَّار في يـــده كان له أن يتسلَّمها منه،فقد تعذّر تسليمها إلى المشتري الأوّل،ومع هذا لا ينفســـخ البيع فبطل ما قالوه . [3] [4]

---

[1] وذلك إذا قلنا :إنّ الإقالة فسخ .

أمَّا إذا قلنا :إن الإقالة بيع ،تجددت الشُّفْعة وكان للشفيع الأخذ .

انظر/ التهذيب ص٥٤٤،فتح العزيز ٤٩٧/٥، الروضة ٧٧/٥،مغني المحتاج ٢٩٩/٢.

[2] يجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وهو القول الثَّاني لأبي يوسف وذهب محمد بن الحسن إلى عدم جوازه وهو قول الشَّافعيّ .

انظر/ المبسوط١٣/٩،مختصر الطحاوي ص٨٤.المهذب١٣/٢ .

[3] بعد كلمة (قالوه) تم الجزء الخامس من شرح كتاب المزني ويتلوه ونعم الوكيل .

فـــصل

إذا كان الشَّفيع وكيلاً في العقد على الشِّقص لم تسقط شفعته ،سواء كـــان وكيـــلاً للبائع في البيع [١] ،أو وكيلاً للمشتري في الشراء [٢] .

وقال أبو حنيفة :إذا كان وكيلاً للمشتري بطلت شفعته. [٣] وبـــنى ذلـــك علـــى أصله... [٤] الوكيل للمشتري يملك المبيع ،ثمّ ينتقل عنه الملك بعد ذلك إلى الموكِّـــل ... [٥] [٦] كذلك وكان الشَّفيع وكيلاً في الشراء، فقد ملك الشِّقص، وإذا ملكـه بطلت شفعته ؛لأنّه لا يجوز أن يستحق الشُّفْعة على نفسه فيما يملكه.

وهذا غلط؛لأنّه وكيل لأحد المتبايعين فوجب أن لا تبطل شفعته بوكالته ؛أصلـــه إذا كان وكيلاً للبائع. [٧]

ولأنّه إذا كان وكيلاً للبائع اتّهم في ذلك؛لأنّه ربّما أرخص في ثمـــن حـــتى يثبـــت الاستحقاق له بذلك المقدار، فيحصل له الشِّقص من قليل [٨] ،وإذا كـــان وكيـــلاً

---

[١] على الأصح وهو قول أبي العباس و الأكثرين .

قال ابن الحداد :تبطل شفعته.

انظر/ التنبيه ص١١٢، حلية العلماء ٣٠٩/٥، البيان ١١٥/٧الروضة ٧٩/٥،المعاني البديعـــة في معرفـــة اختلاف أهل الشريعة ٥١/٢، مغني المحتاج ٣٠٩/٢،نهاية المحتاج ٢١٩/٥.

[٢] فله الأخذ بالشُّفْعة بلا خلاف في المذهب .

انظر/ المراجع السابقة.

[٣] مذهب الحنفية أنّ الشَّفيع إذا كان وكيلاً للبائع فلا شفعة له ؛لأنّه نقض للبيع ،وإن كان وكيلاً للمشتري لم تبطل شفعته؛لأنّه كالشراء لنفسه .

انظر/ المبسوط ١٤/ ١٣١، بدائع الصنائع ١٤٤/٤،الهداية شرح البداية مطبوع مع تكملة فتـــح القديـــر ٤١٧/٩-٤١٨.

[٤] طمس في المخطوط وتقديره (وهو أن).

(٥) طمس في المخطوط .

[٦] انظر/ المبسوط ٢٠٣/٢١،المبسوط ٣٣/١٩،٣٤.

[٧] انظر/ البيان ١١٥/٧،الإبانة ل١٦٢.

[٨]تقدم أن المذهب عند الحنفية على خلاف ذلك(تـــ٣) .

للمشتري لم يتّهم بذلك؛لأنّ المشتري لا يشتري باخساً في مقدار الثَّمن ؛لأنّ تقديره إلى البائع، فالبائع يملك النقصان من الثَّمن، والمشتري لا يملك ذلك.

ثم ثبت أنّ الشُّفْعة تثبت له حيث يكون متّهماً ،فأولى أن تثبت له حيث لا يكون متّهماً.

فأمّا الذي ذكروه ،فالجواب عنه :أنّ ذلك بناء على أصل فاسد ،ولا يسلّم لكم [1] فيبطل عليه ما ذكره؛لأنّ الوكيل لو كان يملك ما يشتريه لوجب إذا وكل في شراء من يعتق عليه ،فاشتراه أن يعتق عليه ؛لأنّه ملكه،وأجمعنا على أنّه لا يعتق عليه ،فدلّ ذلك على أنّه لا يملك.

---

[1] مذهب الشّافعيّة أنّه إذا وكلّ رجلاً في شراء سلعة ،فاشتراها الوكيل للموكل ،دخلت في ملك الوكيل. انظر/ البيان ٦/٤٤٣.

فصـــــل

إذا بيع الشِّقص بشرط أن يضمن الشَّفيع العُهْدة للمشتري، وضمن الشَّفيع العُهْدة، أو بيع بشرط أن يكون له الخيار في ذلك.[1]

وقال بعض أهل [2] تسقط شفعته ودخوله في الضَّمان وقبوله للخيار يسقط حقّـــه من الشُّفْعة.

واحتجّ بأنّ الشَّفيع أحد من تمّ به العقد ،فلم تثبت له الشُّفْعة كالبائع والمشتري.[3]

وهذا غلط؛لأنّ قول الضَّمان والخيار معنىً سبق ثبوت الشُّفْعة فلم يسقطها؛أصلــه:إذا عفا عنها قبل البيع، فإنّ حقّه لا يسقط،[4] فكذلك هذا.

ولأنّه إذا عفا عن الشُّفْعة فقد صرّح بإسقاطها، فإذا كان حقُّه لا يسقط مع الــت [5] فأولى إذا دخل فيها [6] ؛لأنّه ليس بصريح في الإسقاط.

---

[1] سقط جواب الشرط هنا وتقديره (لم تسقط شفعته) انظر/ فتح العزيز ٥/٥٤٦.
وانظر/ حلية العلماء ٥/٣١٢،البيـــان ٧/١٥٥،الروضـــة ٥/١١٣ ،مغـــني المحتـــاج ٢/٣٠٩،نهايـــة المحتاج٥/٢١٩.

[2] في المخطوط بياض ولعل تقديره (أهل العراق) كما في حلية العلماء ٥/٣١٢،وهو مذهب الحنفية كما في :
المبسوط ١٤/١٣١،بدائع الصنائع ٤/١١٤،الهداية شرح البداية مطبوع مع تكملـــة فتـــح القديـــر ٩/٤١٧-٤١٨.

[3] انظر/ العناية شرح الهداية ٩/٤١٨.
-وقالوا أيضاً إنّه لما ضمن العهده للمشتري فقد صار راضياً بالعقد وحكمه ،وهو ملك للمشتري فلـــم تجب الشُّفْعة.
انظر/ بدائع الصنائع ٤/١١٤.

[4] فتح العزيز ٥/٥٤٦،الروضة ٥/١١٣.

[5] بياض في المخطوط ولعله(التصريح)أي قبل البيع .

[6] لعل هنا سقطاً تقديره (مع ضمان العهده للمشتري أو يكون له الخيار في ذلك).

فأمَّا الجواب عن قولهم: إنّه أحد من تمّ به العقد فهو أن نقول تمام العقد به لا يؤثّر في إسقاط حقّه بل ذلك يؤكّد ثبوته؛لأنّه قصد أن يتمّ العقد ،ويكون التمام إليه/ حتى تثبت له الشُّفْعة في الشِّقص فإذا كان له ذلك لم تسقط بذلك.

٦

[٥٣] مسـألـة

قال المزني: (وَهَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِ الشَّافعيّ قُلتُ أَنَا: [١] وَإِذَا تَبَّرأَ الْبَائِعُ [٢] مِنْ عُيُوبِ الشُّفْعة [٣]).

وهذا... [٤]

فرَّع المزني مسائل في الشُّفْعة وبدأ بهذه المسألة فقال... [٥] البائع من عيوب الشُّفْعة ،ثمّ أخذها الشَّفيع كان الرَّد على ... [٦] لم يُرِد بذلك أنّه باع الشِّقص بشرط البراءة من عيوبه [٧] وإنَّما أراد... [٨] المشتري على عيوبه فرضي ،ثم أخذ الشَّفيع ذلك بالشُّفْعة فحكم الشَّفيع إذا أخذ كحكم مشتريان إذا اشترى من المشتري الأوّل [٩] ؛لأنّ الشَّفيع يأخذ الشِّقص بعوض ،كما يأخذ المشتري بعوض، إلاّ أنّ المشتري يأخذ ذلك بالتراضي والشَّفيع يأخذه حكماً .

فلا يخلو حال المشتري و الشَّفيع من أربعة أحوال:

إمَّا أن لا يعلم أحدهما بالعيب ، أو علما جميعاً ، أو علم الشَّفيع دون المشتري، أو المشتري دون الشَّفيع .

---

[١] في المختصر المطبوع (قال المزني)ص١٣١.

[٢] [البائع] ليست في المختصر المطبوع ص١٣١،وهو موجودة في المختصر المطبوع مع الحاوي ٢٨٤/٧.

[٣] مختصر المزني ص ١٣١وتمامه: (ثم أخذها الشفيع كان له الرد على المشتري، فإن استحقت من الشفيع رجع بالثَّمن على المشتري ،ورجع المشتري على البائع).

[٤] طمس في المخطوط ولعله (كما قال) كما هو صنيعه في أمثاله .

[٥] طمس في المخطوط ولعله (إذا تبّرأ).

[٦] طمس في المخطوط ولعله (المشتري)كما يدلُّ عليه تمام كلام المزني .

[٧] وقيل :إنّه أراد ذلك .

وبه قال الماوردي ،والروياني .

انظر/ الحاوي ٢٨٤/٧-٢٨٥،بحر المذهب ٩/ل ٩٦.

[٨] طمس في المخطوط ولعله(إذا أطلع).

[٩] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٦.

١٢/أ/٠

ومن قال :إنَّ التَّعليل فيه أنّه لم ييأس من الرَّد، فإنّه يجعل له الرَّد هاهنا؛لأنّــه قــد تمكّن منه.[1]

وأمَّا إذا علم المشتري بالعيب و لم يعلم الشَّفيع -وهذه مسألة المزني الــتي فرّعــها- فللشَّفيع أن يردَّ على المشتري؛لأنّه لم يعلم بالعيب و لم يرض به، فإذا ردَّ عينه لم يكــن للمشتري أن يردَّ على البائع؛لأنّه علم بالعيب ورضي به [2] فهو كما لو اشترى مــا يعلم بعيبه ،ثم باعه من رجل لا يعلم بعيبه، فإنّ للثَّاني أن يردَّ علــى الأوّل، وليــس للأوّل أن يردَّ على الثَّاني فكذلك هاهنا.

---

(1) الحاوي ٢٨٥/٧،والمراجع السابقة.

(2) انظر/ الحاوي ٢٨٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٦،التهذيب ص٥٣١.

- قال الروياني (وأعلم أن المزني ذكر أنّه فرَّع هذه المسألة و،هي منصوصة عن الشَّافعيّ في القديم ،ورواهــا عن علي رضي الله عنه)بحر المذهب ٩/ل ٩٦.

[٥٤] مســألــة

قال: ((وَإِنْ [١] كَانَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَاهَا بِدَنَانِيرَ بِأَعْيَانِهَا ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِوَزْنِــهَا فَاسْتُحِقَّتِ الدَّنَانِيرُ الأُولَى فَالشِّرَاءُ وَالشُّفْعة بَاطِلَةٌ [٢])).

وهذا كما قال.

إذا اشترى شِقْصاً بثمن، ثم أخذه الشَّفيع ودفع الثَّمن إلى المشتري ،ثم خـــرج أحـــد الثَّمنين مستحقّـــاً ،فلا يخلو من أن يخرج الثَّمن الذي استحقَّ به المشتري مســـتحقّاً، أو الثَّمن الذي أخذ به الشَّفيع .

فإن كان الذي ابتاع به المشتري، فلا يخلو من أن يكون المشتري ابتاع بها الشِّـــقص بذلك الثَّمن بعينه،أو ابتاعه بثمن في ذمّته ونقد الثَّمن.

فإن كان ابتاعه بالثَّمن بعينه فالشَّراء باطل والشُّفْعة باطلة [٣] .

أمَّا بطول [٤] الشِّراء ؛فلأنّ المشتري ابتاع ملك غيره بما لا يملكه.

وأمَّا أخذ الشُّفْعة فلا يصحُّ؛لأنّ الشَّفيع إنَّما يأخذ الشِّقص من ملك المشتري ،فإذا لم يملك المشتري الشِّقص لم يصحَّ أخذ الشَّفيع .

فعلى هذا نردُّ الثَّمن إلى المستِحقّ والشِّقصَ على البائع، ويرجع الشَّفيع على المشـــتري بالثَّمن الذي دفع إليه.[٥]

---

[١] في المختصر المطبوع (ولو)ص١٣١.

[٢] في المختصر المطبوع (باطل)ص ١٣١ .وتمامه(لأنّ الدنانير بعينها تقوم مقام العرض بعينه في قوله، ولـــو استحق الدنانير الثانية كان على الشفيع بدلها.)

[٣] انظر/ الحاوي ٢٨٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٦،التهذيب ص٥٢٨، الوجيز ٢١٨/١.

[٤] بطول مصدر بَطَل يقال : بَطَل الشيءُ يَبْطُل بُطْلاً و بُطُولاً و بُطْلاناً: ذهب ضَياعاً وخُسْراً، فهو باطل. لسان العرب ٥٦/١١.

[٥] انظر/ الحاوي ٢٨٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٦.

وأمَّا إذا كان المشتري ابتاعه بثمن في ذمّته ،ثمّ نقد فيه الثَّمن المستَحقَّ فالابتياع صحيح ،وأخذ الشَّفيع أيضاً صحيح [(١)] ؛لأنّ العقد وقع على ثمن في الذّمة فملك البائع ذلك [(٢)] على المشتري فإذا نقد ثمناً مستَحقّاً لم يصح الدَّفع، واستحقَّ مطالبته بماله في ذمَّته ،كما لو أسلم رجل إلى رجل في شيء موصوف ثم دفع إليه شيئاً على صفته فاستُحقَّ، فإنّه يرجع فيطالب بماله في ذمَّته ، فكذلك هذا الثَّمن ويردّ على المستحق ويدفع المشتري إلى لبائع مثل الثَّمن الذي ابتاعه به، ويستحق على الشَّفيع الثَّمن. [(٣)]

فأمَّا إذا خرج الذي دفعه الشَّفيع إلى المشتري مستحقاً،فلا يخلو من أن يكون الشَّفيع أخذ الشِّقص بذلك الثَّمن بعينه،أو بثمن في الذِّمة ثم نقده فيه.

فإن أخذه بثمن في ذمَّته فإذا نقد الثَّمن وخرج مستَحقَّاً بطل/ ذلك الثَّمن الذي نقده،واستحقَّ المشتري مطالبته بمثل الثَّمن الذي في ذمَّته. [(٤)]

/٦

وإن كان الشَّفيع أخذ الشِّقص بالثَّمن الذي استُحِقّ [(٥)] فهل تبطل شفعته بذلك ؟.

فيه وجهان: [(٦)]

---

(١) انظر/ الحاوي ٢٨٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٦، التهذيب ص٥٢٨،فتح العزيز ٥١٧/٥،الروضة ٩٣/٥.

(٢) أي الثَّمن الذي في الذّمة.

(٣) انظر/ فتح العزيز ٥١٧/٥،الروضة ٩٣/٥،المنهاج مع مغني المحتاج ٣٠٣/٢.

(٤) فلا تبطل شفعته.

انظر/ الحاوي ٢٨٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٦،البيان ١٣٥/٧فتح العزيز ٥١٨/٥.

-وأجرى بعض الشَّافعيّة الوجهين هنا كما إذا أخذ الشِّقص بالثَّمن بعينه.

انظر/ فتح العزيز ٥١٨/٥،الروضة ٩٣/٥،مغني المحتاج٣١٣/٢.

قال النووي في الروضة (والصحيح الفرق بين الحالين)٩٣/٥.

(٥) أي بعين ذلك الثَّمن .

(٦) وهذا إذا كان الشفيع عالماً .

وأمَّا إذا كان جاهلاً فإن شفعته لاتبطل وعليه البدل .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٧،التهذيب ص٥٢٨،فتح العزيز ٥١٨/٥،المنهاج مع مغني المحتاج ٣٠٣/٢.

أحدهما: أنها تبطل [١] ؛لأنّه لما أخذ بثمن يعلم أنّه لا يسلم للمشتري، و لا يحصل لـه الشِّقص به، صار كأنّه ترك أخذ الشُّفْعة مع القدرة ورضي بذلـك ، فبطـل حقُّـه منها.[٢]

والوجه الثّاني: أنّ شفعته لا تبطل [٣] ؛لأنّه ملك أخذ الشِّقص بمثل الثَّمـن الـذي اشترى به ،فاستقرّ ذلك في ذمَّته، فإذا وقع عين المستَحقِّ فقد عيَّن به الثَّمن الذي كان في ذمَّته، فلم يبطل حكم الأخذ ،بل يكون الملك حاصلاً بالثَّمن الذي يثبت في ذمَّتـه ،ويطالب بمثله،[٤] كما ذكرنا في المشتري إذا اشترى بثمن في الذِّمَّة.

---

[١] قال الروياني (هذا هو الصحيح)بحر المذهب ٩/ل٩٦ وجزم به البغوي في التهذيب ص٥٢٨.

[٢] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٦،فتح العزيز ٥/٥١٧.

[٣] وهو الأصح .

انظر/الوجيز ١/٢١٨،فتح العزيز ٥/٥١٧ الروضة ٥/٩٣،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٣٠٣.

[٤] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ٩٦،وفي فتح العزيز ٥/٥١٧.

[٥٥] مسألة

قال: ((وَلَو حَطَّ الْبَائِعُ الْمُشْتَرَي [١] بَعْدَ التَّفَرُّق فَهِيَ هِبَةٌ[لَهُ]،[٢] وَلَيْسَ لِلشَّفيعِ أَنْ يَحُطَّ [٣])).

وهذا كما قال.

إذا اشترى شِقْصاً فثبتت للشفيع فيه الشُّفْعة، ثم نقص البائع المشتري بعض الثَّمن الذي عقد العقد به ،فلا يخلو أن يكون ذلك قبل انقضاء الخيار أو بعده.

فإن كان قبل انقضاء الخيار ،فإنّ ذلك النقصان يُحطُّ من أصل الثَّمن ويثبت حكمه في حقِّ الشَّفيع، فيأخذ الشِّقص بما استقرَّ عليه بعد انقضاء الخيار؛لأنّ حال المتعاقدين في مدَّة الخيار حالتهما حال العقد، ألا ترى أنَّهما يملكان الفسخ في هذه الحالة والزيادة والنقصان من الثَّمن؟ كما يملكان ذلك حال العقد،ثم ثبت أنّ الثَّمن الذي يتعاقد المتعاقدان عليه حال العقد يثبت في حقِّ الشَّفيع ،فكذلك ما يتعاقدان عليه في مدَّة الخيار.

وأمَّا إذا كان ذلك بعد انقضاء الخيار واستقرار العقد، فإنَّ هذا النقصان يكون إبراء من البائع للمشتري ،لا يتعلّق به حكم الشَّفيع ،بل يأخذ بالثَّمن الذي استقرَّ عليه العقد؛لأنّ ما يحدثه من النقصان بعد استقرار العقد يجري مجرى الهبة من البائع؛لأنّه لا يلزم إلا بالتراضي ،ولو وهب له شيئاً لم يتعلّق حكم الشَّفيع به فكذلك هذا.

وحكم زيادة المشتري للبائع في الثَّمن كحكم النقصان - سواء كان ذلك قبل انقضاء الخيار أو استقرار العقد- لزم في حقِّه ،وإن كان بعد انقضاء الخيار لم يلزم في حقِّه [٤] ،والله أعلم بالصَّواب.

---

[١] في المختصر المطبوع (للمشتري)ص١٣٢

[٢] [له]زيادة المختصر من المطبوع ص١٣٢.

[٣] مختصر المزني ص ١٣٢.

[٤] وقد تقدمت هذه المسألة مفصلة في ص٢٩٦.

[٥٦] مسـألـة

قال: ((وَلَو [1]ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ اشْتَرَى شِقْصاً لَهُ فِيهِ شُفْعَةٌ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ وَعَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِينَ [2])).

وهذا كما قال.

إذا كانت دار بين شريكين لكلّ /واحد منهما نصفها ،فادّعى أحدهما على الآخر أنّه ابتاع نصيبه بعدما ملك هو نصيبه ،وأنّه يستحقُّ عليه الشُّفْعة ،و أنكر الشَّريك ذلك وقال:ما ابتعته وإنَّما ملكته بإرث أو هبة أو جهة غيرهما مما لا يستُحقُّ به الشُّفْعة [3].

٦/ل/١٣أ

فلا يخلو إمَّا أن يكون للمدَّعي بيِّنة ،أو لا بيِّنة له.

فإن كان له بيِّنة فشهدت أنّ شريكه ابتاع حُكِم بذلك ويستحقُّ عليه الشُّفْعة.[4]

وإن لم تكن بيِّنة فالقول قول المدَّعى عليه [5] ؛لأنّه محكوم له بملك النَّصف ،والشريك يدَّعي أنّه يستحقُّ انتزاعه منه بحكم الشُّفْعة ،فكان القول قول المالك ،كرجل في يده دار ادَّعاها رجل وأنكر مالكها ،فالقول قول المالك. [6]

إذا ثبت هذا :فالكلام في كيفيَّة يمينه إذا طلبها المدَّعي، فإن كان لَّما ادَّعى عليه الشَّريك أنَّه ابتاع، وأنَّه يستحقُّ عليه الشُّفْعة أجابه بأن قال: لا تستحقُّ عليّ الشُّفْعة حلف على ذلك، و لا يحلف على أنَّه ما ابتاع [7] ؛لأنّه قد يبتاع ويستحقُّ شريكه

---

[1] في المختصر المطبوع (وإذا)ص١٣٢.

[2] مختصر المزني ص ص١٣٢،وتمامه (.فإن نكل وحلف الشفيع قضيت له بالشُّفْعة).

[3]وهذا تصوير البغداديين للمسألة .

-وذهب البصريون إلى أن المسألة مصوَّرة في أنَّ صاحب اليد في الشِّقص المشترك قال عند إدعاء الشُّفْعة عليه ،أنا وكيل الغائب و لم أملكه عنه ،فيكون القول قوله مع يمينه .الحاوي ٢٨٨/٧.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٧،الوجيز ٢١٩/١،البيان ١٦٤/٧.

[5] انظر/الحاوي ٢٨٨/٧،المهذب ٢٢٣/٢،المنهاج مع مغني المحتاج ٣٠٤/٢.

[6] الحاوي ٢٨٨/٧،المهذب ٢٢٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ٩٧.

(٧) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٧،البيان ١٦٤/٧-١٦٥،فتح العزيز ٥٢٥/٥،الروضة ٩٩/٥.

الشُّفْعة، ثم يعفو فيسقط حقُّه من الشُّفْعة، فإذا حلَّفناه على أنَّه ما ابتاع ظلمناه؛لأنَّه إمَّا أن يحلف فيكون كاذباً ،أو يقرُّ أنَّه ابتاع فتستحقُّ عليه الشُّفْعة ،فلم يجز تحليفه على ذلك ،ولكن يحلف على أنَّه لا يستحقُّ عليه إلا [1] شفعة .[2]

وإن كان أجاب بأن قال: لم أبتع الشِّقص ففيه وجهان: [3]

أحدهما: أنَّه يحلف على أنَّه لا يستحقُّ الشُّفْعة [4] ،والتَّعليل ما ذكرنا [5] .

والثَّاني: يحلف على أنَّه ما ابتاع؛[6] لأنَّه لما أجاب بذلك علم أنَّه يمكنه الحلف عليه. [7]

وأصل هذه المسألة إذا ادَّعى رجل على رجل حقّاً ،وعزاه إلى جهة.

فإن أجاب بأن لا حقَّ عليه -حلف على ذلك،ولا يحلف على نفي الجهة التي ادُّعِيت عليه.

وإن أجاب بنفي تلك الجهة فهل يحلف أنَّه لا حقَّ له عليه؟ ، أو يحلف على نفي تلك الجهة ؟

على وجهين.[8]

إذا ثبت هذا.

---

(1) كذا في المخطوط ولعل أصل العبارة (لا تستحق عليه شفعة)

(2) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٧،البيان ١٦٥/٧.

(3) والخلاف فيه كالخلاف في دعوى عيب المبيع.

انظر/ فتح العزيز ٥٢٥/٥،الروضة ٩٩/٥.

(4) انظر/ الحاوي ٢٨٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٨، البيان ١٦٥/٧،حلية العلماء ٣٠٨/٥.

(5) فيما إذا أجاب أنَّه لا يستحق عليه الشُّفْعة المتقدمة .

(6) وهو قول أبي إسحاق المروزي

انظر/ المراجع السابقة .

(7) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٨،البيان ١٦٥/٧.

(8) أصحهما :أنَّه يلزمه التعرض لما تعرض له في الجواب .

قال النووي(وهذا التفصيل والخلاف جاريان في جميع الدعاوى والأجوبة)الروضة ٤٩٠/٣.

فإن حلف المدَّعى عليه سقطت دعوى المدَّعي ،وإن نكل [1] رددنا اليمين على المدَّعِي ،فحلف أنَّ شريكه باع ،وأنَّه يستحقُّ عليه الشُّفْعة، فإذا حلف حكمنا أنَّه مستحقُّ الأخذ بالشُّفْعة [2] .

فإذا أخذ الشِّقص فإنَّه [3] مقرٌّ بثمنه للمدَّعَى عليه، وذاك [4] ينكر إقراره ويقول:لا أستحقُّ هذا الثَّمن عليه ،بل غصبني،وأخذ الشِّقص منِّي بغير حقٍّ ،فما الذي نفعل بالثَّمن ؟ فيه **ثلاثة أوجه:**

أحدها: أنَّه يقال للمدَّعى عليه: قد أقرَّ لك بالثَّمن وهو مُصدَّق في ذلك.

فإمَّا أن تأخذه أو تبرئه من الثَّمن الذي لك عليه ،[5] كما قلنا في المكاتَب إذا حلَّ عليه نجم فجاء إلى سيِّده بمال فقال السِّيد:هو /مغصوب لا آخذه فإنَّه يقال له:إمَّا أن تأخذه أو تبرئه.[6]

٦/١/٣ب

والوجه الثَّاني: أنَّ الثَّمن يُقرُّ في يد المدَّعِي [7] ؛لأنَّه أقرَّ به لمن لا يدَّعيه، فأُقِرَّ في يده ،كرجل أقرَّ بدار لزيد، فقال زيد:ليست لي؛ فإنَّ الدَّار تُقَرُّ في يد المقرِّ إلى أن يدَّعيها المقرُّ له .[8]

---

(١) نكل امتنع ،والنُّكُول :الامتناع ،يقال نَكل بفتح الكاف يَنْكل بضمها ،ونكل بكسرها لغة حكاها الجوهري عن أبي عبيد ،قال :و أنكرها الأصمعي.تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٣٥.

(٢)انظر/ الحاوي ٢٨٨/٧،المهذب ٢٢٣/٢،حلية العلماء ٣٠٨/٥، نهاية المحتاج ٢١٢/٥.

(٣)أي المدعي للشفعة.

(٤)المدعى عليه.

(٥)انظر/ المهذب ٢٢٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ٩٨،حلية العلماء ٣٠٨/٥،البيان ١٦٥/٧.

(٦)انظر/ المهذب ٢٢٣/٢،البيان ١٦٥/٧.

(٧)انظر/ المهذب ٢٢٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ٩٨،حلية العلماء ٣٠٨/٥،الوجيز ٢١٩/١.

(٨) وهو الأصح .

انظر/ المهذب ٢٢٣/٢،البيان ١٦٥/٧،مغني المحتاج ٣٠٥/٢،تحفة المحتاج ٧١٣/٧.

والوجه الثَّالث: أنَّ الحاكم يأخذ الثَّمن منه ويحفظه إلى أن يدَّعيه صاحبه ؛لأنَّ الـذي هو في يده قد أنكر أن يكون مملوكاً له ومن أُقرَّ له به لا يدَّعيه ،فلم يجز إقراره في يـد أحدهما ،بل يحفظه الحاكم إلى أن يجيء صاحبه .[1]

(١)انظر/ الحاوي ٢٨٩/٧،المهذب ٢٢٣/٢،حلية العلماء ٣٠٨/٥،الوجيز ٢١٩/١.

[٥٧] مســألــة

قال:((وَلَو أَقَامَ الشَّفِيعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ فُلانِ الْغَائِبِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَقَـامَ [1] [ذَلِكَ][2] الَّذِي فِي يَدِهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ [3] أَوْدَعَهُ إِيَّاهَا قُضِيت لَهُ بِالشُّفْعة [4])).

وهذا كما قال.

إذا كانت دار بين رجلين، نصفها ملك لأحدهما ،والنَّصف الآخر لغائب ،وهي في يد الحاضر وديعة [5] ،فادَّعى مالك النَّصف على الآخر [6] أنَّه ابتاع من الغـــائب، وأنَّه يستحق أخذه بالشُّفْعة[7] وأقام على ذلك بيِّنة، وقال :مــن في يــده النَّصــف أودعني و لم يبعني ،وأقام البيِّنة على ذلك.

فقال المزني: البيِّنة بيِّنة الشَّفيع؛لأنّ إحدى البيِّنتين لا تنافي الأخرى ،فإنَّـــه يمكـــن أن يكون أودعه أوّلاً ،ثم باعه، ويحكم بالشُّفْعة للشفيع.[8]

فإن قال :هذا الذي ذكرتموه إنَّما يمكن إذا كانت البيِّنتان مطلقتين ،[9] أو أحدهمـــا مطلقة ،والأخرى مؤرَّخة ،أو كانتا مؤرَّختين وبيِّنة الوديعة متقدِّمـــة فيمكـــن مـــا ذكرتم.[10]

---

(1) في المختصر المطبوع (فأقام)ص١٣٢.

(٢)زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٢.

(٣)في المختصر المطبوع (إن فلاناً)ص١٣٢.

(4) مختصر المزني ص ١٣٢،وتمامه (ولا يمنع الشراء الوديعة).

(5)صاحب اليد الحاضر هنا: هو شخص ثالث غير الشريكين يدعي أنَّ شقص الشريك الغائب تحت يــده وديعة .

(6) الآخر هنا :هو الشخص الثالث المتقدم .

(٧)فإن لم تكن للمدعي بيِّنة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، وإن كان مع المدعي بيِّنة ثبتت الشُّفْعة له . انظر/ البيان ١٦٧/٧.

(٨)مختصر المزني ص١٣٢.وانظر/الحاوي ٢٨٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٩،فتح العزيز ٥٢٤/٥.

(٩)أي بيِّنة الوديعة والابتياع .

(١٠)من عدم التنافي بين البينتين لأنه يمكن أن يكون أودعه ثم ابتاعه منه،فيثبت حق الشُّفْعة للمدعى.

وأمَّا إذا كانتا مؤرَّختين والتي شهدت بالابتياع متقدَّمة فإنَّه لا يمكن ذلك؛لأنَّه لا يمكن أن يبتاع منه ثم يودعه. [1]

فأجاب أصحابنا عن هذا بأن قالوا:يمكن هذا بأن يكون قد ابتاع منه النَّصف، ثم غصبه البائع عليه ثم ردَّه إليه ،وأشهد على ذلك ،فيكون هذا في صورة الوديعة [2] وهذا تأويل ضعيف.

ويمكن تأويل المسألة على وجه أوضح من هذا ،وهو أن يكون باعه النَّصف وأمسك البائع ذلك على استيفاء الثَّمن ،ثم أودعه المشتري ،فيصح إيداعه، و لا يكون ذلك إقباضاً عن البيع ،بل يكون وديعة عند المشتري، [3] ألا تراه لو تلف كان من ضمان البائع ؟وسقوط حقّه من الثَّمن. [4]

---

(١)انظر/ الحاوي ٢٨٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ٩٩،البيان ١٦٧/٧.

- أما إذا انقطع الاحتمال بأن كان تأريخ الإيداع متأخراً،وقال الشهود أودعته وهي في ملكه ،فهاهنا يراجع الشريك القديم .فإن قال : وديعة ، لم تجيء الشُّفْعة، وإن قال لاحق لي فيه، قضي بالشُّفْعة .انظر/ فتح العزيز ٥٢٤/٥،الروضة ٩٨/٥.

(٢) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٩٩،البيان ١٦٧/٧،فتح العزيز ٥٢٤/٥،الروضة ٩٨/٥.

(٣)نقله العمراني عن الشيخ أبي حامد .البيان ١٦٧/٧.

وانظر/بحر المذهب ٩/ل ٩٩،فتح لعزيز ٥٢٤/٥.

(٤)انظر/ البيان ١٦٧/٧.

[٥٨] مسـألـة

قال: ((وَلَو أَنَّ رَجُلَيْنِ بَاعَا شِقْصاً مِنْ رَجُلٍ ، [١] فَقَالَ الشَّفِيعُ : أَنَا آخُـذُ مَـا بَـاعَ فَلانٍ وَأَدعُ [٢] حِصَّةَ فُلانٍ فَذَلِكَ لَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ [٣])).

وهذا كما قال.

إذا كانت دار بين ثلاثة شركاء فباع اثنان نصيبهما من رجل فللشَّريك الثَّـالث أن يأخذ الشُّفْعة ،وهو بالخيار/ إن شاء أخذ الثلثين ،وإن شاء أخذ الثلث الـذي هـو نصيب أحد الشريكين ويترك الثلث الآخر ؛ [٤]لأنّ بيع الاثنين من الواحـد يجـري عندنا مجرى العقدين المنفردين [٥] وقد ثبت أنَّ كلَّ واحد منهما لو باع نصيبـه بعقد مُنفرد كان للشفيع أن يأخذ الجميع، وله أن يأخذ من أحدهما ويترك الآخر[٦] .

وهكذا إذا كانت الدَّار بين شريكين فباع أحدهما نصيبه من رجلين، فللشَّـريك أن يأخذ النَّصف كلَّه من الرجلين، وله أن يأخذ الربع من أحدهما ويترك الآخر ،والتعليل [٧] ما ذكرنا [٨] .

ل٦/٤أ

---

(١)في المختصر المطبوع (من رجل شقصاً.)ص١٣٢.

(٢) في المخطوط (وأودعُ)وهو سبق قلم ،وصوابه (وأدع)كما في المختصر المطبوع ص١٣٢

(٣) مختصر المزني ص ١٣٢ ،وتمامه (وكذلك لو اشترى رجلان من رجل شقصًا كان للشفيع أن يأخذ حصة أيهما شاء).

(٤)وهو أصح الوجهين وهو محكي عن نصه القديم .

وفي وجه :أنّه لايجوز أخذ حصة أحد الشريكين دون بعض.

وحكاهما البغوي في التهذيب قولين .

انظر/ التهذيب ص٣٤-٣٥،البيان ١٦٣/٧،فتح العزيز ٥٣٦/٥،الروضة ١٠٦/٥،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢٠٦/٢،نهاية المحتاج ٢١٥/٥.

(٥)انظر/ فتح العزيز ٥٣٦/٥،نهاية المحتاج ٢١٥/٥.

(٦)انظر/ الحاوي ٢٧٩/٧،بحر المذهب ٩/ل٩٩،فتح العزيز ٥٣٦/٥.

(٧) انظر/ المهذب ٢٢٠/٢،فتح العزيز ٢٣٦/٥،الروضة ١٠٦/٥.

(٨)وهو قوله (لأن بيع الاثنين من الواحد يجري مجري العقدين المنفردين).

وهكذا إذا باع أحدهما النَّصف من نصيبه من رجل ،ثم باع النَّصف الآخر منه بعقد آخر ،فللشَّفيع أن يأخذ الجميع منه، وله أن يأخذ الرُّبع ويترك الرُّبع [1] ؛لأنّه باع كلّ واحد من الربعين بعقد منفرد ،وحكم أحد العقدين لا يبنى على الآخر. [2]

وأمَّا إذا كانت الدَّار بين ثلاثة أنفس فباع اثنان نصيبهما من اثنين فهو في حكم أربعة عقود . [3]

وللشفيع خمسة اختيارات :

إن شاء أن يأخذ الذي حصل للمشتريين كلّه.

وإن شاء أخذ ثلاثة أرباع المبيع ،وهو جميع ما حصل لأحدهما ونصف ما حصل للآخر..

وإن شاء أخذ ما حصل لأحدهما دون الآخر .

وإن شاء أخذ ما حصل لكلّ واحد منهما.

وإن شاء أخذ ربع ما حصل لكلّ واحد منهما. [4]

---

(١) انظر/ الحاوي ٧/٢٩٠،بحر المذهب ٩/ل ١٠٠،مغني المحتاج ٢/٣٠٧.

(٢)انظر المراجع السابقة.

(٣)وذلك تفريعاً على الأظهر وهو أن تعدد البائع كتعدد المشتري .

انظر/ فتح العزيز ٥/٥٣٦،الروضة ٥/١٠٦.

(٤) المرجعين السابقين ومغني المحتاج ٢/٣٠٧.

[٥٩] مســألـــة

قال : ((وَلَو زَعَمَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِأَلْفِ[دِرْهَمٍ] [١] فَأَخَذَهَـــا الشَّــفِيعُ بِأَلْفٍ، ثُمَّ أَقَامَ البَائِعُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهُ إِيَّاهَا بِأَلْفَيْنِ)). [٢]

وهذا كما قال.

إذا باع رجل شقصاً فاقرّ المشتري أنّه اشتراه بألف أخذه الشَّفيع بذلك ،ثم إنَّ البائع ادَّعـى أنّه باعه بألفين،وأقام على ذلك بيِّنة،فإنَّه يحكم له بالبيِّنة ويستحقُّ الألفين على المشتري.[٣]

فإن قال المشتري للشَّفيع :قد لزمني ألفان بسبب الشِّقص فعليك أن تلتزم ذلك لم يلزمـــه ذلك. [٤]

لأنّ الشَّفيع قد أقرّ له المشتري أنّه اشترى بألف ،وأنّه يستحق الأخذ بها ،فإذا طالبه بعـــد ذلك بألفين لم يخلُ: [٥]

من أن يكون مقيماً على إقراره الأول، أو راجعاً عنه.

فإن كان مقيماً عليه فهو يقول: ابتعت بألف ،فالبائع كذب في دعواه ،وظلمني بما أخـــذ منّي فلا يرجع على الشَّفيع بما أقرّ أنّه ظُلِم به. [٦]

وإن رجع وقال: أخطأت في إقراري الأول ،وإنَّما ابتعت بألفين، لم يقبل ذلك؛لأنّه أقـــرَّ لغيره بحقٍّ ثمَّ رجع عنه، فلم يقبل رجوعه ، [٧] كما لو أقرَّ لرجل بمـــال ثمَّ رجـــع عنـــه ،[٨]والله أعلم.

---

[١][درهم]زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٢.

[٢] مختصر المزني ١٣٢و تمامه (قضى له بألفين على المشتري ولا يرجع على الشفيع ؛لأنّه مقر أنه اســـتوفى جميع حقه.)

[٣] انظر/ الحاوي ٢٩٠/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٢،المهذب ٢٢٤/٢، البيان ١٧٣/٧.

[٤] انظر المراجع السابقة.

[٥] أي المشتري للشقص.

[٦] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٢،البيان ١٧٣/٧.

[٧] انظر/ الحاوي ٢٩٠/٧،المهذب ٢٢٤/٢.

[٨] انظر/ البيان ١٧٣/٧.

[٦٠] مســألــة

٦/

قال: ((وَلَو كَانَ /الثَّمَنُ عَبْدَاً فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ ،ثُمَّ أَصَابَ الْبَائِعُ بِــالْعَبْدِ عَيْبَاً فَلَهُ رَدّهُ)). [١]

وهذا كما قال.

إذا اشترى رجل شقصاً بعبد فللشَّفيع أن يأخذ الشِّقص بقيمة العبد؛ [٢]؛لأنَّ الشَّــفيع يستحقُّ أخذ الشُّفْعة بمثل الثَّمن الذي ملك به المشتري ،والمثل مثلان:

مثل من طريق الصورة،ومثل من طريق القيمة.

والعبد لا مثل له من طريق الصورة والصفة ،وإنَّما له مثل من طريق القيمة [٣]فاستحقَّ الشَّفيع أخذ الشِّقص بقيمته.

فإن أصاب البائع بالعبد عيباً لم يخلُ من أن يكون الشَّفيع أخذ الشِّقص بالشُّفْعة ،أو لم يأخذه بعد.

فإن كان أخذه فللبائع أن يردَّ العبد على المشتري بالعيب [٤] ؛لأنّه ملكــه بعقــد معاوضة فكان له ردُّه بالعيب ،فإذا ردَّه على المشتري لم يكن للمشــتري أن يرجــع على الشَّفيع فيأخذ الشِّقص منه ويردَّه على البائع [٥] ؛لأنّ ملك الشِّقص انتقــل إلى الشَّفيع بمعاوضة أخرى، وبردِّ البائع العبد لا يفسخ المعاوضة الثّانية. [٦]

---

[١] مختصر المزني ص١٣٢،وتمامه (ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص).

[٢] وذلك كما تقدم أن الثّمن في الشُّفْعة إذا كان مثلياً فإن الواجب على الشَّفيع إن اختار الأخذ قيمته ص٢٩٦.

[٣] كما تقدم في كتاب الغصب ص١٢٣.

[٤] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٢،البيان ١٢٧/٧.

[٥] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،بحر المذهب ٩/ل١٠٢،التهذيب ص٥٢٩،الوسيط ٨٦/٤،البيان ١٢٧/٧.

- وفي قول: يسترد المشتري الشِّقص من الشَّفيع ،ويرد عليه ما أخذه ، ويسلم الشِّقص إلى البــائع؛ لأن الشَّفيع نازل منزلة المشتري،فردُّ البائع يتضمن نقض ملكه ،كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه.والمشهور ما ذكره المصنف.

انظر/ فتح العزيز ٥١٤/٥،الروضة ٩٠/٥.

[٦] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،البيان ١٢٧/٧.

فإذا ثبت أنَّ الشِّقص لا يُسترجع من الشَّفيع، فإنّ البائع يأخذ من المشتري قيمة الشِّقص ؛[1] لأنّه لو كان موجوداً في ملكه رجع به ،[2] فإذا تعذَّر الرُّجوع؛ لفواته رجع بقيمته ،كما لو غصب شيئاً وتلف في يده، فإنَّ صاحبه يرجع عليه بقيمته،[3]فكذلك هاهنا.

قال **أبو العباس** :[4] فإن رجع الشِّقص إلى المشتري بابتياع أو إيهاب أو إرث لم يكن له ردُّه على البائع، وأخذ القيمة التي دفعها إليه.[5]

فإن قيل:فهلّا قلتم: إنَّ له ذلك؟؛لأنّه دفع إليه القيمة لأجل الحيلولة بينه وبين الشِّقص وتعذّر ردُّه عليه ،فإذا زال ذلك المعنى وعاد الشِّقص إليه كان له ردُّه ،وأخذ القيمة التي دفعها ،كما لو غصب عبداً فأبق فإنّ صاحبه يستحقُّ أخذ القيمة منه ،فإذا عاد العبد رُدَّ على صاحبه ،واسترجع منه القيمة ؟.[6]

فالجواب أنَّ الفصل [7] بين الموضعين :

أنَّ العبد المغصوب إذا أبق لم يَزُل ملك صاحبه عنه، بل هو باق على ملكه ،وإنَّما تدفع إليه القيمة ؛لأجل الحيلولة، فإذا عاد كان له أخذه ؛لأنَّه مملوكه وليس كذلك

---

[1] بأقل ما كان من قيمته عند البيع أو قبض المشتري.

انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،بحر المذهب ٩/ل١٠٢،التهذيب ص٥٢٩،الوسيط ٨٦/٤.

[2] أي الشِّقص.

[3] إن كان المتلف مثلياً رجع بمثله ،وإن لم يكن مثليّاً رجع بقيمته كما تقدم في كتاب الغصب ص٩٠-٩١-٩٢.

[4] ابن سريج تقدمت ترجمته في ص١٨٧.

[5] لم أعثر على من نقله عن أبي عباس .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٢،البيان ١٢٨/٧،فتح العزيز ٥١٤/٥،الروضة ٩٠/٥.

[6] كما تقدم في كتاب الغصب في ص٢٤٠.

[7] أي الفرق.

الشِّقص ؛لأنّ ملكه قد انتقل إلى المبتاع ،وانتقل منه إلى الشَّفيع، فالقيمة تدفع بـــدلاً عنه، فإذا عاد إلى المبتاع لم يكن له ردُّه على البائع. [1]

إذا ثبت هذا .

فإنَّ البائع يأخذ من المشتري قيمة الشِّقص، والشَّفيع يأخذ الشِّقص من المشتري بقيمة العبد،فهل يثبت للشَّفيع والمشتري تراجع أم لا ؟.

فيه /وجهان:

أحدهما: أنّه لا تراجع بينهما [2] ؛لأنّ الشَّفيع أخذ الشِّقص بمثل الذي استقرَّ عليـــه العقد، وهو العبد فإذا أخذ بمثله -وهو القيمة- لم يثبت للمشتري عليه حقُّ الرُّجــوع بشيء آخر. [3]

والوجه الثَّاني: أنَّهما يتراجعان بما بين قيمة العبد وقيمة الشِّقص [4] ؛لأنّ الشِّــقص استقرَّ على المشتري بقيمته لا بقيمة العبد فاستحق المشتري أن يأخذه بذلك ،وقـــد أخذه بقيمته العبد فيثبت بينهما التراجع. [5]

فإذا قلنا: إنَّهما لا يتراجعان فلا تفريع عليه.

وإذا قلنا :إنَّهما يتراجعان ،فإنَّه ينظر قيمة العبد وقيمة الشِّقص ويقابل بينهما.

فإن كانت قيمة الشِّقص أكثر رجع المشتري على الشَّفيع بالفاضل . [6]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٢،البيان ١٢٨/٧،فتح العزيز ٥١٤/٥،الروضة ٩٠/٥-٩١.
-وحكى المتولي فيه وجهين بناء على أنّ الزائل العائد ،كالذي لم يزل ،أم كالذي لم يعد ؟.
والمذهب :الأول .انظر/ فتح العزيز ٥١٥/٥،الروضة ٩١/٥.

[2] وهو الأصح .
انظر/ الحاوي٢٩٢/٧،بحر المذهب٩/ل١٠٣،الوسيط ٨٦/٤،البيان ١٢٨/٧،الروضة ٩٠/٥،فتح العزيـــز ٥١٤/٥.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،البيان ١٢٨/٧،الروضة ٩٠/٥.

[4] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،البيان ١٢٨/٧،فتح العزيز ٥١٤/٥،الروضة ٩٠/٥.

[5] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،البيان ١٢٨/٧.

[6] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،الوسيط ٨٦/٤،البيان ١٢٨/٧،حلية العلماء ٢٨٢/٥.

وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشَّفيع على المشتري بفضل قيمة العبد على قيمة الشِّقص .[1]

فهذا الحكم فيه إذا أصاب البائع العيب بعد أخذ الشَّفيع الشِّقص .

فأمَّا إذا أصابه قبل أن أخذ الشَّفيع فله ردُّه [2] ، وقد تعلَّق بالشِّقص حقَّان:-

حقُّ الشَّفيع من الأخذ بالشُّفْعة،وحقُّ البائع وهو أنَّه يستحقّ استرجاعه عند ردِّ العبد بالعيب فأيُّ الحقَّين أولى ؟ .

فيه وجهان: [3]

أحدهما: أنَّ الشَّفيع أولى [4] ؛لأنَّ حقَّه سابق لحقِّ البائع،وأنَّه ثبت بعقد البيع ،وحقُّ البائع ثبت عند الرَّدِّ فكان تقديم السابق أولى. [5]

والثَّاني: أنَّ البائع أولى؛[6]لأنَّ الشُّفْعة وجبت لإزالة الضَّرر ،فلو جعلنا الشَّفيع أحقَّ في هذا الموضع ألحقنا بالبائع ضرراً ،والضَّرر لا يزال بالضَّرر. [7]

وإذا قلنا :إنَّ البائع أحقُّ ،فإنَّه يأخذ الشِّقص ويسقط حقُّ الشَّفيع .

وإذا قلنا: إنَّ الشَّفيع أحقُّ، فإنَّ البائع يأخذ من المشتري قيمة الشِّقص. [8]

---

[1] انظر المراجع السابقة.

[2] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،المهذب٢٢٣/٢،التهذيب ص٥٢٩،البيان ١٢٨/٧.

[3] وقيل قولان مرتبان على المشتري إذا رد الشِّقص بالعيب القديم ،،وجاء الشَّفيع يريد أخذه ،ويرضى بكونه معيباً.

انظر/ الوسيط ٨٥/٤، البيان ١٢٨/٧،فتح العزيز ٤٩٤/٥، الروضة ٧٥/٥-٧٦، مغني المحتاج ٢٩٩/٢.

[4] وهو الأظهر عند الجمهور وقطع به بعضهم .

انظر/ فتح العزيز ٤٩٤/٥،الروضة ٧٥/٥.

[5] انظر/ البيان ١٢٨/٧.

[6] ورجح هذا الوجه الغزالي في الوجيز ،وحكى الإمام القطع بتقديم البائع .

انظر/ الوجيز ٢١٨/١،فتح العزيز ٥١٤/٥،الروضة٥/ ٩٠.

[7] انظر/ البيان ١٢٨/٧.

[8] المرجع السابق.

وإذا أخذ الشَّفيع الشِّقص فهل يأخذه بقيمة العبد؟، أو بقيمة الشِّقص ؟.

فيه وجهان: [1]

أحدهما: يأخذه بقيمة العبد؛ [2]لأنّه مثل الثَّمن الذي استقرَّ به العقد عليه. [3]

والثَّاني: أنّه يأخذه بقيمة الشِّقص؛ [4]لأنّه هو الثَّمن الذي استقرَّ الشِّقص على المشتري به. [5]

هذا كلُّه إذا أصاب البائع العيب ،و لم يكن حدث به عنده عيب آخر.

فأمَّا إذا كان حدث به عنده عيب آخر فلا يمكنه الرَّدُّ ،لأجل حدوث العيب عنده، ولكنَّه يرجع على المشتري بأرش العيب. [6]

وهل يرجع على الشَّفيع بالأرش ؟.

ينظر:فإن كان قوِّم العبد عليه سليماً، وأخذ منه المشتري قيمته لم يرجع عليه بالأرش؛لأنّه قد أخذ منه قيمته سليماً فدخل/ أرش العيب في جملة ذلك. [7]

وإن كان قُوِّم عليه معيباً ففيه **وجهان:** [8]

[1] بناء على الوجهين المذكورين في التراجع ،وقد تقدما في ص٤٢٥.

انظر/الحاوي ٢٩٢/٧، البيان ١٢٨/٧.

[2] وذلك إذا قلنا بعدم التراجع وهو الأصح كما تقدم في ص ٤٢٤ التعليق رقم (٢) .

وانظر/الحاوي ٢٩٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،البيان ١٢٨/٧.

[3] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،البيان ١٢٨/٧.

[4] وذلك إذا قلنا بالتراجع .

وانظر/الحاوي ٢٩٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،البيان ١٢٨/٧.

[5] انظر بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،البيان ١٢٨/٧.

[6] المراجع السابقة و فتح العزيز ٥١٥/٥،الروضة ٩١/٥.

[7] انظر/ الحاوي ٢٩٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،الوسيط ٨٦/٤،البيان ١٢٨/٧-١٢٩.

[8] وجزم الماوردي بالرجوع وجهاً واحداً. الحاوي ٢٩٢/٧.

وانظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،البيان ١٢٩/٧.

أحدهما: أنّه لا يرجع عليه [1] ؛لأنّه أخذ الشِّقص بمثل الثّمن الذي استقرَّ عليه- وهو العبد المعيب -فلم يرجع بزيادة على ذلك. [2]

والثّاني: أنّه يرجع عليه بالأرش [3] ؛لأنّ الشِّقص استقرَّ على المشتري بقيمة عبد ،سليم فاستقرَّ ذلك على الشَّفيع. [4]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،البيان ١٢٩/٧،فتح العزيز ٥١٥/٥،الروضة٩١/٥.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،البيان ١٢٩/٧.

[3] وهو الأصح ومال ابن الصباغ إلى القطع به .

انظر/ البيان ١٢٩/٧،فتح العزيز ٥١٥/٥،الروضة ٩١/٥.

-قال العمراني (والذي يقتضي المذهب، أن قيمة الشّقص إذا كانت أكثر من قيمة العبد ،وأخذ الشّفيع بقيمته سليماً أنّ حكمه حكم ما لو أخذ الشّقص بقيمته معيباً ؛لأنّ البائع إنّما يرجع على المشتري بالأرش بجزء من قيمة الشّقص ،فحينئذٍ يستقر عليه الشّقص بأكثر من قيمة العبد) ١٢٩/٧.

[4] بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،البيان ١٢٩/٧.

[٦١] مسـألـة

قال: ((وَلَوْ[1] اسْـتُحِقَّ الْعَبْدُ بَطَلَتِ شُفْعَتُهُ [2] [3])).

وهذا كما قال.

إذا باع شقصاً بعبد وأخذه الشَّفيع ،ثمَّ استُحِقَّ العبد، فإنَّ البيع يبطل ،ويبطل حـــقُّ الشُّفْعة؛[4] لأنّه إذا بان أنَّ العبد كان مستحقّاً تبيَّناً أنَّ المشتري اشترى الشِّقص بمـا لا يملكه، فلم يصح ابتياعه، ولم يملك الشِّقص، فإذا أخذ الشَّفيع ،فقد أخذ ممـن لم يملك، فلم يصح أخذه . [5]

ويفارق المسألة قبلها [6] ؛لأنّ في تلك المسألة حصل الملك للمشـتري ،وإن كـان الثمن معيباً فالشَّفيع يأخذه من مالك يصحُّ أخذه. [7]

---

[1] في المختصر المطبوع (وإن)ص١٣٢.

[2] في المختصر المطبوع (الشُّفْعة)ص١٣٢.

[3] مختصر المزني ص ١٣٢،وتمامه (ورجع البائع فأخذ شقصه)

[4] انظر/ الحاوي ٢٩٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٣،التهذيب ص٥٢٨،الوسيط ٨٨/٤.

[5] انظر المراجع السابقة .

[6] المتقدمة في ص٤٢٢.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٣.

[٦٢] مسـألـة

قال : ((وَلَو صَالَحَهُ مِنْ دَعْوَاهُ عَلَى شِقْصٍ لَمْ يَجُزْ فِي قَوْلِ الشَّافِعيّ)). [(١)]

وهذا كما قال.

إذا كانت دار بين شريكين فادّعى رجل على أحدهما أنّ نصيبه من الدّار له ،فصالحه المدّعى عليه على مال .

فلا يخلو: أن يصالحه على إقرار ، [(٢)] أو على إنكار. [(٣)]

فإن صالحه على إنكار لم يستحقّ أخذ الشّقص بالشُّفْعة [(٤)] ؛لأنّ الصلح على الإنكار لا يصحُّ، ولا يملك به. [(٥)]

وإن كان صالحه بعد أن أقرَّ له بالشِّقص كان للشريك أخذه بالشُّفْعة [(٦)] ؛لأنّ الصلح على الإقرار بمنزلة البيع. [(٧)]

وهكذا إذا ادّعى رجل على أحد الشريكين ألف درهم ،فصالحه المدَّعى عليه منها على الشِّقص الذي له ،فإن كان صالحه على إنكار لم يستحقّ الشَّريك أخذ الشِّقص بالشُّفْعة،وإن صالحه بعدما أقرَّ له بها استحقَّ الشَّريك أخذ الشِّقص؛لأنّ ذلك بمنزلة البيع. [(٨)]

---

(١) مختصر المزني ص١٣٢،وتمامه(إلا أن يقر المدعي عليه بالدعوى فيجوز، وللشفيع أخذ الشُّفْعة بمثل الحق الذي وقع به الصلح إن كان له مثل ،أو قيمته إن لم يكن له مثل).

(٢) الصلح على الإقرار /كما إذا ادعى عليه داراً فأقرَّ له بها ،وصالحه عنها بمعين كثوب ونحوه .
انظر/ مغني المحتاج ٢/ ١٧٧، السراج الوهاج ص٢٣٣.

(٣) الصلح على الإنكار /كأن يدعي عليه شيئاً فأنكره أو سكت ثم صالح عنه.
انظر/ مغني المحتاج ٢/١٧٩-١٨٠، السراج الوهاج ص٢٣٤.

(٤) انظر/ الحاوي ٢٩٣/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٠٣، المنهاج وشرحه مغني المحتاج ١٨٠/٢.

(٥) انظر/ المهذب ١٣٥/٢.

(٦) انظر/ الحاوي ٢٩٣/٧،الروضة ٧٨/٥.

(٧) انظر/ المهذب ١٣٥/٢،الوجيز ١٧٧/١.

(٨) انظر/ الحاوي ٢٩٣/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٠٣.

[٦٣] مسـألـة

قال : ((وَلَو أَقَامَ رَجُلانِ كُلُّ وَاحِدٍ مُنْهُمَا بيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ هَذِهِ الدَّارِ شِقْصاً))[١]

وهذا كما قال.

إذا كانت دار بين رجلين فادَّعى كلُّ واحد منهما على صاحبه أنَّه يستحقُّ أخذ نصيبه بالشُّفْعة .

فلا يخلو: أن يكونا ملكا في وقت واحد،أو في وقتين.

فإن كانا ملكا في وقت واحد مثل: أن ابتاعا الدَّار من رجل، أو من رجلين صفقة واحدة ،فليس لأحدهما على الآخر شفعة [٢] ؛لأنَّه لم يسبق ملك أحدهما ملك صاحبه حتى يستحقَّ عليه الشُّفْعة . [٣]

وإن كانا /ملكا ذلك في وقتين وكلُّ واحد منهما يدَّعي على صاحبه أنَّه ملك نصيبه بعده،ويستحقُّ عليه فيه الشُّفْعة .

فلا يخلو من: أن يكون مع أحدهما بيِّنة ،أو لا يكون معه بيِّنة،أو يكون مع كلِّ واحد منهما بيِّنة.

فإن لم يكن مع واحد منهما فكلُّ واحد منهما مدَّع ومدَّعى عليه،فـإذا ترافعا إلى الحاكم ،وسبق أحدهما فادَّعى أنَّه يستحقُّ الشُّفْعة على صاحبه لزم الآخر إجابته عن الدعوى،[٤]فإن لم يجب، وقال:أنا أستحق عليه الشُّفْعة.

---

[١] مختصر المزني ص١٣٢،وتمامه (و زاد أخذ شقص صاحبه بشفعته فإن وقتت البيِّنة فالذي سبق بالوقت له الشُّفْعة، وإن لم توقت وقتاً بطلت الشُّفْعة؛ لأنَّه يمكن أن يكونا اشتريا معاً ،وحلف كل واحد منهما لصاحبه على ما ادعاه).

[٢] انظر/ الحاوي ٢٩٤/٧-٢٩٥،بحر المذهب ٩/ل ١٠٤،التهذيب ص٥٥٦،البيان ١٦٩/٧.

[٣] انظر/المراجع السابقة.

[٤] ولا يكفيه قوله :شرائي قبلُ ،بل إما أن ينفي سبق شراء المدعي ،وإما أن يقول :لا يلزمني تسليم شيء إليك .

=

قيل له: قد سبقك بالدَّعوى فأجب أولاً عن دعواه ،ثمّ ادّع بعدُ ما شئت.

فإن أجاب عن الدَّعوى وأنكر، فالقول قوله مع يمينه [1] ؛لأنّ ملكه ثـابت علـى نصيبه ،وشريكه يريد أن ينتـزعه منه، فكان القول قوله مع يمينه.

ثمّ لا يخلو من :أن يحلف أو ينكل.

فإن حلف سقط دعوى المدَّعى عليه، ثم يقال له:إن شئت فادّع عليه، فإن ادّعى عليه فالقول قول الآخر مع يمينه، فإن أنكر وحلف سقطت دعواه عليه،ويستقرُّ ملك كلٍّ واحد منهما على النّصف. [2]

وإن نكل رددنا اليمين على المدَّعِي ،فيحلف ويحكم له بالشُّفْعة [3] ؛لأنّ يمينه مع نكول المدَّعى عليه بمنزلة البيِّنة على أحد القولين،وبمنزلة إقرار المدَّعى عليه على القول الآخر. [4]

وأمّا إذا لم يحلف المدَّعى عليه أولاً فإنّ اليمين تردُّ على المدَّعِي فيحلف، ويحكم له بالشُّفْعة [5] .

فإن أراد الآخر أن يدعي بعد ذلك لم يكن له ؛لأنّه لم يبق له ملك فلم يصح منه دعوى الشُّفْعة . [6]

انظر/ الروضة ٥/٨٢.

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٩٣-٢٩٤،بحر المذهب ٩/ل ١٠٤،المهذب ٢/٢٢٣،التهذيب ص٥٥٦،الروضة ٥/٨٢.

[2] فلا شفعة لأحدهما على الآخر .

انظر/ الحاوي ٧/٢٩٤، بحر المذهب ٩/ل ١٠٤، التهذيب ص٥٥٦،الروضة ٥/٨٢.

[3] انظر المراجع السابقة .

[4] وهو الأظهر .

مختصر المزني ص٣٢٦،الوجيز ٢/٦٦،الروضة ١٢/٤٥.

[5] انظر/ الحاوي ٧/٢٩٤،المهذب ٢/٢٢٣،الروضة ٥/٨٢-٨٣.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٢٩٤،المهذب ٢/٢٢٣،التهذيب ص٥٥٦،البيان ٧/١٦٩.

هذا الحكم فيه إذا لم يكن مع أحدهما بيِّنة،ومثله الحكم إذا كان مع أحدهما بيِّنة دون الآخر؛لأنَّا لا نعلم عين السابق منهما بالملك ،وكلُّ واحد منهما مدّع ومدَّعى عليه، [1] والحكم فيه على ما ذكرنا. [2]

وأمَّا إذا كان مع كلٍّ واحد منهما بيِّنة .

فلا يخلو من: أن تكونا متعارضتين،أو غير متعارضتين.

فإن لم تكونا متعارضتين، بأن شهدت إحداهما بأنَّه ابتاع النَّصف من زيد، وشهدت الأخرى أنَّه ابتاع النَّصف من عمرو ،فلا تعارض هاهنا ؛لإمكان أن يكون كلُّ واحد منهما قد اشترى نصيبه مفرداً.

ولا يخلو حال البيِّنتين من أحد أربعة أحوال:

إمَّا أن تكونا مؤَرختين تأريخاً واحداً ؛بأن تشهد إحداهما بأنَّه اشترى من زيد وقت طلوع الشمس،وتشهد الأخرى بأنَّه اشترى من عمرو وقت طلوع الشمس فالملك حصل لهما في وقت واحد فلا يستحقُّ أحدهما على الآخر شفعة. [3]

وإن كانتا مؤَرختين تأريخاً مختلفاً مثل: أن تشهد إحداهما/ أنَّه ملك في رجب، وتشهد الأخرى أنَّه ملك في شعبان ،فالذي ملك أولاً يستحقُّ الشُّفْعة على الآخر [4] ؛لأنَّ ملك صاحبه طرأ على ملكه فاستحقَّ عليه الشُّفْعة فيه.

وإن كانت إحداهما مُطْلقة .والأخرى مؤرَّخة، فهو كما لو لم يكن مع أحدهما بيِّنة ؛لأنَّا لا نعلم أيُّهما سبق بالملك، ويكون الحكم على ما ذكرنا في القسم الأول [5] .

---

[1] قال الروياني (فإن كانت مع أحدهما بيِّنة نظر: فإن شهدت له بالتأريخ مثل إن قالت :ملكها منذ شهر فلا فائدة في هذا التأريخ ؛لأنَّا لا نعرف به وقت ملك الآخر فإن زادت على هذا فأخبرت أنَّه ملكه قبل ملك صاحبه قضينا بالبيِّنة وحكمنا له بالشُّفْعة)بحر المذهب ٩/ل ١٠٤.

[2] كما تقدم في ص٤٣٠-٤٣١.

[3] انظر/ الحاوي ٢٩٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،البيان ١٦٩/٧.

[4] انظر/ التهذيب ص٥٥٦،فتح العزيز ٥٠٣/٥،الروضة ٨٣/٥.

[5] ص٤٣٠-٤٣١.

،وكذلك إذا كانت البيِّنتان مطلقتين؛لأنّا لا نعلم أَيُّهما السابق، فهو كما لو لم يكن مع أحدهما بيِّنة. [1]

وأمَّا إذا كانت البيِّنتان متعارضتين:

مثل أن تشهد إحداهما أنَّه ملك من وقت الظهر، وملك الآخر وقت العصر،وتشهد البيِّنة الأخرى للآخر أنَّه هو الذي ملك من وقت الظهر، وملك صاحبه من وقت العصر ،فهذا مبنيٌّ على القولين في البيِّنتين إذا تعارضتا.

فإن قلنا: إنَّهما تسقطان [2] فهو كما لو لم يكن مع إحداهما بيِّنة. [3]

وإن قلنا: تستعملان :ففي كيفية الاستعمال **ثلاثة أقوال:**

أحدها: القرعة.

والثَّاني: القسمة.

والثَّالث: الوقف.

فإن قلنا:يقرع بينهما،أُقرع فمن خرج له السهم أولاً استحقَّ الشُّفْعة على الآخر. [4]

وإن قلنا:يوقف وقف الأمر إلى أن يتبيَّن ذلك. [5]

وإن قلنا:يُقسم فلا فائدة هاهنا في القسمة [6] ؛لأنّ يد كلّ واحد منهما ثابتة على النِّصف ،اللهم إلا أن تكون الدَّار بينهما ثلثاً وثلثين فيقسم بينهما ما في يد كلّ واحد منهما نصفين [7] ،والله أعلم.

---

[1] انظر/ الحاوي ٢٩٥/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،البيان ١٦٩/٧.

[2] وهو الأظهر . انظر/ الروضة ٨٣/٥.

[3] وقد تقدم بيان الحكم إذا لم تكن بيِّنة ص٤٣٠-٤٣١.

وانظر/الحاوي ٢٩٥/٧، التهذيب ص٥٥٧،البيان ١٦٩/٧،الروضة ٨٣/٥.

[4] انظر/ الحاوي ٢٩٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،حلية العلماء٣١٦/٥،البيان ١٦٩/٧.

[5] على هذا يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال .وقيل لا معنى للوقف هنا ؛لأنَّ الدَّار في أيديهما.

انظر/ التهذيب ص٥٥٧،فتح العزيز ٥٠٤/٥،الروضة ٨٣/٥.

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،حلية العلماء٣١٦/٥،البيان ١٦٩/٧،فتح العزيز ٥٠٤/٥.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،البيان ١٦٩/٧.

[٦٤] مســـألـــة

قال : ((**وَلَو أنَّ البَائِعَ قَالَ: قَدْ بِعْتُ شِقْصِي مِنْ فُلانٍ** [١] **بِـــأَلْفِ دِرْهَـــمٍ** [٢] **الفصل إلى آخره**)).

وهذا كما قال.

إذا كانت دار بين رجلين لكلٍّ واحد منهما نصفها ،فأقرَّ أحدهما أنَّه باع نصيبه مـــن زيد، وأنكر زيد ذاك ،وادَّعاه الشَّفيع.

فلا يخلو من : أن يقرَّ بأنَّه باعه و لم يقبض الثَّمن، فإن أقرَّ بأنَّه باعه و لم يقبض الثَّمـــن. فذكر المزني أنَّ للشفيع أن يأخذ بالشُّفْعة. [٣]

واختلف أصحابنا في ذلك:

فذهب عامَّتهم إلى مثل ما قال المزني. [٤]

وذهب بعضهم إلى أن لا شفعة له. [٥]

قال:لأنَّ المشتري أصل، والشَّفيع فرع له وعنه يملك ،فلمَّا لم يحصل الملك للمشـــتري الذي هو الأصل لم يثبت حكم الفرع،[٦] كما قال الشَّافعيّ في رجل مات وخلَّـــف

---

[١] في المختصر المطبوع (من فلان شقصي)ص١٣٢.

[٢] مختصر المزني ص ١٣٢وتمامه (وأنَّه قبض الشقص فأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع ،فإنَّ الشفيع يدفـــع الألف إلى البائع ويأخذ الشقص).

[٣] كما تقدم في رأس المسألة.

[٤] وهو الأصح.

انظر/ الحاوي ٢٩٦/٧،المهذب ٢٢٤/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،الوسيط ٩٢/٤،البيـــان ١٧٥/٧،حليـــة العلماء ٣٢٠/٥،فتح العزيز ٥٢٥/٥،الروضة ٩٩/٥.

[٥] وهو محكي عن ابن سريج .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،الوسيط ٩٢/٤، البيان ١٧٥/٧،حلية العلماء ٣٢٠/٥.

[٦] انظر/ المهذب ٢٢٤/٢،البيان ١٧٥/٧.

ابنين فأقرَّ أحدهما بأخ ثالث ،وكذَّبه الأخ، فإنَّ نسبه لا يثبت ولا يرث [1] ؛لأنَّ الإرث فرع لثبوت النسب ،فلمَّا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع. [2]

والدليل على أنَّه يستحقُّ الشُّفْعة هو: أنَّ إقرار البائع بالبيع يتضَّمن حقَّين:

حقُّ المشتري وهو أنَّ الملك حصل له.

وحقُّ الشَّفيع: وهو أنَّه يستحقُّ الأخذ بالشُّفْعة، فإذا أنكر المشتري أسقط حقَّ نفسه/ ولم يسقط بذلك حقُّ الشَّفيع [3] ، كما لو أقرَّ بدار لرجلين فأنكر أحدهما؛ فإنَّ حقَّه يسقط ،ولا يسقط حقُّ الآخر. [4]

٦/ل/٧أ

فإذا قلنا:لا شفعة للشَّفيع [5] سقط حقُّه وبقيت الخصومة بين البائع والمشتري ،وإن أحبَّ استحلفه ،وإن أحبَّ [6] ترك. [7]

وإذا قلنا:إنَّ له الشُّفْعة نظر في البائع .

فإن اختار أن يترك مخاصمة المشتري ،ويدفع الشِّقص إلى الشَّفيع، ويأخذ منه الثَّمن ،فعل ذلك ،فإذا دفع وأخذ الثَّمن كانت عهدة الشَّفيع على البائع . [8]

وإن اختار أن يخاصم المشتري ويطالبه بالثَّمن فهل له ذلك أم لا؟

فيه وجهان:

---

[1] انظر/ اختلاف العراقيين مطبوع مع الأم ٢٧٨/٣،مختصر المزني ص١٢٥.

[2] انظر/ فتح الوهاب ١٤/٢.

[3] انظر/ المهذب ٢٢٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،الوسيط٩٢/٤،البيان ١٧٥/٧،رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٣٣٨.

[4] انظر/ المهذب ٢٢٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،البيان٧/ ١٧٥.

[5] وهو قول ابن سريج المتقدم في ص٤٣٤.

[6] أي البائع ،فإن حلف المشتري سقطت الدعوى ،وإن نكل حلف البائع .قال ابن الصباغ :ويثبت البيع والشُّفعة .
انظر/ البيان ١٧٥/٧.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،البيان ١٧٥/٧.

[8] انظر/ المهذب ٢٢٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،البيان ١٧٦/٧.

أحدهما: ليس له ذلك [1] ؛لأنَّه يحصل له المقصود من جهة الشَّفيع، [2] فلا حاجة به إلى خصومة المشتري. [3]

والثَّاني: له ذلك [4] ؛لأنَّه ربّما كان له غرض فيه، وهو أن يكون المشتري أسمح من الشَّفيع وأسهل معاملة منه. [5]

فإذا أخذ الثَّمن منه [6] كانت عهدته عليه ، [7] فإن خرج مستحقّاً سامحه في المعاملة.

فإذا قلنا: ليس للبائع مخاصمة المشتري، فإنَّه يدفع الشِّقص إلى الشَّفيع ،ويأخذ منه الثَّمن وتكون العهدة على البائع. [8]

وإن قلنا: له مخاصمته نظر في المشتري:

فإن حلف سقطت دعوى البائع،ويأخذ الشَّفيع الشِّقص من البائع إن اختار. [9]

وإن لم يحلف رددنا اليمين على البائع فيحلف ،ويحكم أن المشتري ملك عنه، فيسلّم الشِّقص إليه ،ويأخذ منه الثَّمن، ثمَّ يأخذ الشَّفيع الشِّقص من المشتري ويدفع إليه الثَّمن، وتكون عهدة الشَّفيع على المشتري ،وعهد المشتري على البائع. [10]

---

[1] وهو قول أبي علي بن أبي هريرة .

انظر/ الحاوي ٢٩٦/٧،المهذب ٢٢٥/٢، بحر المذهب ٩/ل ١٠٥، البيان ١٧٦/٧،فتح العزيز ٥٢٥/٥.

[2] وهو ثمن الشِّقص .

[3] انظر/ الحاوي ٢٩٦/٧،المهذب ٢٢٥/٢،البيان ١٧٦/٧.

[4] قال الروياني (وهذا أصح)بحر المذهب ٩/ل ١٠٥.

وانظر/ الحاوي ٢٩٦/٧،المهذب ٢٢٥/٢،البيان ١٧٦/٧،فتح العزيز ٥٢٥/٥،الروضة ٩٩/٥.

[5] انظر/ المهذب ٢٢٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،البيان ١٧٦/٧،فتح العزيز ٥٢٥/٥،الروضة ٩٩/٥.

[6] أي من المشتري .

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،المهذب ٢٢٥/٢، البيان ١٧٦/٧،فتح العزيز ٥٢٦/٥.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،المهذب ٢٢٥/٢، البيان ١٧٦/٧.

[9] انظر/ المهذب ٢٢٥/٢، البيان ١٧٦/٧،فتح العزيز ٥٢٦/٥،الروضة ٩٩/٥.

[10] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥/المهذب ٢٢٥/٢،فتح العزيز٥/ ٥٢٦.

وهذا الحكم فيه إذا أقرَّ البائع أنَّه باع و لم يقبض الثَّمن.

فأمَّا إذا أقرَّ بأنَّه باع وقبض الثَّمن فهل للشَّفيع أن يأخذه بالشُّفْعة ؟ .

هذا مبنيٌّ على المسألة قبلها ، [1] فمن قال هناك إنَّه لا تثبت له الشُّفْعة [2] ، فهاهنا أولى أن لا تثبت،ومن قال هناك: إن الشُّفْعة تثبت ، [3] ففي ثبوتها هاهنا **وجهان:**

أحدهما: لا تثبت؛[4] لأنَّا لو جعلنا للشَّفيع الشُّفْعة لكان يأخذ الشِّقص بغير ثمن؛لأنَّ المشتري ينكر الشِّراء ولا يمكن دفع الثَّمن إليه، والبائع يقرُّ بأنَّه قبض الثَّمن ولا يمكن أيضاً دفعه إليه. [5]

والوجه الثَّاني: أنَّ للشَّفيع الأخذ بالشُّفْعة [6] ؛لأنَّ المعنى الذي جعلنا له الأخذ بالشُّفْعة في المسألة قبلها هو انَّه أقرَّ بحقِّ المشتري وحقّ للشَّفيع فإذا سقط حق المشتري لم يسقط حق الشَّفيع [7] ،وهذا المعنى موجود هاهنا فتثبت له الشُّفْعة [8] .

فإذا قلنا: لا شفعة فلا كلام.

وإذا قلنا :له الشُّفْعة فإنَّه يأخذ الشِّقص ،وما الذي يفعل بالثَّمن ؟

فيه ثلاثة أوجه : ذكرناها في مسألة تقدمت. [9]

---

[1] المتقدمة ص٤٣٤.

[2] وهو محكي عن ابن سريج كما تقدم ص٤٣٤.

[3] وهو قول عامة الشَّافعيّة كما تقدم ص٤٣٤.

[4] وهو قول الأكثر و اختاره أبو إسحاق وابن أبي هريرة.انظر/ المهذب ٢/٢٢٥،بحر المذهب ٩/ل ١٠٦،الوسيط ٤/٩٣،البيان ٧/١٧٧،حلية العلماء ٥/٣٢١،فتح العزيز ٥/٥٢٦.

[5] انظر/ المهذب ٢/٢٢٥،بحر المذهب ٩/ل ١٠٦،البيان ٧/١٧٧،فتح العزيز ٥/٥٢٦.

[6] وهو الأصح .انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،،فتح العزيز ٥/٥٢٦، الروضة ٥/٩٩،فتح الجواد ١/٥٦٨.

[7] كما تقدم في ص٤٣٦.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٥،المهذب ٢/٢٢٥،البيان ٧/١٧٧.

[9] الأول : يترك الثَّمن في يد الشَّفيع ،والثَّاني :يأخذه القاضي ويحفظه ،الثَّالث يجبر المشتري على قبوله أو أبرأه عنه.. كما تقدم في ص٤١٥-٤١٦.

[٦٥] مسـألـة

قال : ((**وَلَو كَانَ** [١] **لِلشِّقْصِ ثَلاثَةُ شُفَعَاءَ ،فَشَهِدَ اثْنَانِ عَلَى تَسْلِيمِ الثَّالِثِ، فَإِنْ كَانَا سَلَّمَا جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا** [٢])).

وهذا كما قال.

إذا كانت دار بين أربعة أنفس لكلٍّ /واحد منهم ربعها، فباع أحدهم نصيبه ،وثبت لشركائه فيه حقُّ الشُّفْعة، فادّعى المشتري على أحد الشُّفعاء أنَّه عفا عن حقّه من الشُّفْعة ،وشهد الشَّفيعان الآخران له فإنَّه ينظر فيهما:

فإن كانا عَفَوَا عن حقِّهما من الشُّفْعة قبلت شهادتهما؛ [٣]لأنَّهما لا يجرَّان إلى أنفسهما بذلك نفعاً، ولا يدفعان عنهما ضرّاً فقبلت. [٤]

وإن لم يكونا عَفَوَا لم تقبل شهادتهما [٥] ؛ لأنَّهما يجرَّان إلى أنفسهما منفعة ،فإنَّه إذا ثبت أنَّ الشَّفيع عفا عن حقّه، حصل بذلك الحقُّ لهما فلحقتهما التُّهمة في ذلك ،فلم تقبل شهادتهما . [٦]

فإن شهدا قبل أن عَفَوَا فردَّت شهادتهما ،ثمَّ عَفَوَا و أعادا الشهادة لم تقبل [٧] ؛لأنَّ الشهادة إذا ردت للتهمة لم تقبل بعد زوال التهمة ،كالفاسقين إذا شهدا فردت شهادتهما ثم عُدِّلا بعد ذلك وأعادا الشِّهادة. [٨]

---

[١] في المطبوع (وإذا) ص١٣٢.

[٢] مختصر المزني ص ١٣٢،وتمامه (لأنَّهما لا يجران إلى أنفسهما، وإن لم يكونا سلما لم يجز شهادتهما لأنهما يجران إلى أنفسهما ما سلمه صاحبهما).

[٣] انظر/ الحاوي ٢٩٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٦،التهذيب ص٥٥٧،البيان ١٧٤/٧، الروضة ١١٣/٥.

[٤] انظر/ الحاوي ٢٩٧/٧،البيان ١٧٤/٧.

[٥]انظر/ الحاوي ٢٩٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٦،التهذيب ص٥٥٧،البيان ١٧٤/٧، الروضة ١١٣/٥

[٦]انظر/ الحاوي ٢٩٧/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٠٦،البيان ١٧٤/٧.

[٧] انظر/ الحاوي ٢٩٧/٧،التهذيب ص٥٥٧،فتح العزيز ٥٤٦/٦.

[٨] فإن شهادتهما لاتقبل .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٦،التهذيب ص٥٥٧،

فإن عفا أحدهما و لم يعف الآخر ،ثم شهدا فشهادة الذي لم يعف لا تقبـــل للتُّهمــة ،وشهادة العافي تقبل ،ويحكم بها مع اليمين؛لأنَّه يحكم في الشُّفْعة بشاهد ويمين. [1]

ثم ينظر في الشَّفيع الذي رُدَّت شهادته، فإن كان مقيماً على المطالبة بالشُّفْعة حلـــف مع الشاهد ،وأخذ الشِّقص كلَّه [2] ؛لأنَّه لا شفيع غيره.

وإن كان قد عفا عن الشُّفْعة وحصل الشِّقص له [3]؛لأنَّه لم يبق من يطالب بالشُّفْعة.

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٦،فتح العزيز ٥/٥٤٦.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٦،الروضة ٥/١١٣.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٦، فتح العزيز ٥/٥٤٦،الروضة ٥/١١٣

[٦٦] مسـألــة

((وَلَو ادَّعَى الشَّفِيعُ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى هَذَا [١]الشِّقْصَ الَّذِي هُوَ [٢] فِي يَـدِهِ [٣] مِنْ صَاحِبِهِ الْغَائِبِ [٤])).

وهذا كما قال.

إذا كانت الدَّار بين شريكين لكلٍّ واحد منهما نصفها، وأحدهما حـاضر والآخـر غائب، ونصيبه في يد رجل حاضر، فادَّعى الشَّريك الحاضر على الذي في يده نصيب الغائب أنَّه ابتاع ذلك من الغائب ،وأنَّه يستحقُّ أخذه بالشُّفْعة وأنكر ،وقال:ما ابتعت فأقام الشَّريك البيِّنة،قال المزني: حكمت ببيِّنته، وكان لـه أخـذ نصيـب الغـائب بالشُّفْعة،ثمَّ قال هذا قضاء عى الغائب ،وقد وافقنا من قال: لا يقضى عى الغـائب وترك أصله[٥]،فعنى بذلك أبا حنيفة. [٦]

فأمَّا ما ذكره من الحكم في لمسألة فالأمر على ما قاله، وأنَّه يقضـي بالبيِّنـة الـتي للحاضر،ويستحق الأخذ بالشُّفْعة . [٧]

---

[١] (هذا)ليست في المختصر المطبوع ص١٣٢ .

[٢] (هو) ليست في المختصر المطبوع ص١٣٢.

[٣] في المختصر المطبوع (يديه)ص١٣٢.

[٤] مختصر المزني ص ١٣٢،وتمامه (ودفع إليه ثمنه وأقام عدلين بذلك عليه أخذ بشفعته ونفذ الحكم بـالبيع على صاحبه الغائب. قال المزني: رحمه الله: هذا قول الكوفيين ،وهو عندي ترك لأصلـهم في أنَّـه لا يقضي على غائب ،وهذا قضي عليه بأنَّه باع وقبض الثَّمن، وأبرأ منه إليه المشتري وبذلـك أوجبـوا الشُّفْعة للشفيع.)

[٥] وقد تقدمت هذه المسألة ص٤١٧.

– قال الماوردي في الحاوي : (وقد مضت هذه المسألة ،وإنَّما أعادها المزني ليتكلم بها علـى أهـل العراق)٧/٢٩٧.

[٦] وسيأتي تحرير المسألة عند الحنفية في ص٤٤١.

[٧] انظر/ الحاوي ٧/٢٩٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٧.

وأمَّا قوله :إنَّ هذا قضاء على الغائب فاختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: إنَّه قضاء على الغائب على ما ذكره،قال:لأنَّا نحكم أنَّ الغائب باع نصيبه ،ويقضى بذلك عليه ،وهذا قضاء على غائب.

ومنهم من قال: ليس هذا قضاء على الغائب [1] ؛لأنَّ الشَّافعيّ إنَّما يقضي على الغائب بالبيِّنة واليمين [2] ،ولا خلاف أنَّ المدعي لا يستحلف مع البيِّنة [3] فثبت أنَّ ذلك ليس بقضاء على الغائب.

وسواء قلنا: إنَّ ذلك قضاء على الغائب ،أو ليس بقضاء عليه فلا يلزم أبا حنيفة [4] ؛لأنَّه إنَّما لم يجز القضاء على الغائب /إذا لم يكن هناك خصم حاضر، فأمَّا إذا حضر هناك خصم فإنَّه يجيز القضاء عليه،وفي هذا الموضع خصم حاضر وهو الذي يدَّعي عليه أنَّه اشترى . [5]

٦/ل/٨أ

ويمكن أن يقال: إنَّ هذا المدَّعى عليه ليس بخصم عن الغائب، وإنَّما هو خصم عن نفسه ،وأبو حنيفة إنَّما لا يجيز القضاء على الغائب إذا لم يكن هناك خصم عنه، وقد أجازه في مسألتنا فناقض على هذا أصله وصح إلزام المزني له. [6]

---

[1] وذكر الوجهين الروياني في بحر المذهب ٩/ل ١٠٧.

[2] انظر/ التنبيه ص٢٥٦،الوجيز ٢/٢٤٣.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٧.

[4] وبه قالت طائفة من الشَّافعيّة.

انظر/ الحاوي ٧/٢٩٨

[5] تحرير مذهب الحنفية أن المبيع إما أن يكون في يد البائع ،وإما أن يكون في يد المشتري ،فإن كان في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعاً ؛لأنَّ كلَّ واحد منهما خصم ،أما البائع فباليد ،وأمَّا المشتري فبالملك ،فكان كلُّ واحد منهما مقضياً عليه فيشترط حضرتهما .

و أمَّا إن كان في يد المشتري فحضرة البائع ليست بشرط ويكتفى بحضرة المشتري ،لأن البائع خرج من أن يكون خصماً لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالأجنبي ،وكذا حضرة الشَّفيع أو وكيله شرط جواز القضاء له بالشُّفْعة ؛لأن القضاء على الغائب لايجوز فالقضاء للغائب لايجوز أيضاً .

بدائع الصنائع٤/١٢٧،و انظر/ المبسوط ١٤/١٦١.

[6] وبه قالت طائفة من الشَّافعيّة،ومنهم أبو الفياض.

=

[٦٧] مســـألـــة

قال : ((**وَلَو اشْتَرَى سَهْمَاً** [١] **-وَهُو شَفِيعٌ- فَجَاءَ شَفِيعٌ آخر الفصل** [٢])).

وهذا كما قال.

إذا كانت دار بين ثلاثة شركاء فباع أحدهم نصيبه من آخر: [٣]

فذكر المزني أنَّ هذا الثُّلث يكون بين المشتري والشَّريك الثَّاني [٤] نصفين،وبه قال أبو إسحاق [٥] وعامة أصحابنا. [٦]

وهو مذهب أبي حنيفة. [٧]

وقال أبو العباس: [٨] للشَّريك الذي لم يشتر أن يأخذ الثُّلث كلَّه بالشُّفْعة، وليس للمشتري [٩] أخذ شيء منه. [١٠]

قال:ووجهه أنَّا لو جعلنا للمشتري أن يأخذ بالشُّفْعة لكان يأخذها من ملك نفسه،والإنسان لا يستحقُّ أخذ الشُّفْعة من نفسه. [١]

=

انظر/ الحاوي ٢٩٨/٧.

[١] في المختصر المطبوع (شقصاً)ص١٣٢.

[٢] مختصر المزني ص ١٣٢، (فقال له المشتري: خذها كلها بالثَّمن أو دع . وقال هو: بل آخذ نصفها. كان ذلك له؛ لأنَّه مثله وليس له أن يلزم شفعته لغيره).

[٣] أي من أحد شريكيه .

[٤] أي بين الشريك المشتري والشريك الثَّاني الشفيع.

[٥] وهو المروزي و تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[٦] وهو أصح الوجهين .انظر/ الحاوي ٢٩٨/٧،المهذب ٢٢٠/٢، التهذيب ص٥٥٤، الوسيط ٧٨/٤، البيان ١٥٠/٧،فتح العزيز٥٠٠/٥ ،الروضة ٧٩/٥.

[٧] انظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٢،مختصر اختلاف العلماء ٢٥٢/٤.

[٨] هو ابن سريج و تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[٩] أي الشريك المشتري .

[١٠] انظر/ المهذب ٢٢٠/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٠٧،التهذيب ص٥٥٤،الوسيط ٧٨/٣.

- قال الماوردي(وحكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج ووجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه موافقاً لأصحابه)الحاوي ٢٩٨/٧.انظر/ البيان ١٥٠/٧.

ووجه القول الأول: هو أنّ المشتري شريك في بعض المُشتَرَى ،فلم يكـــن لغـــيره أن يأخذ جميعه بالشُّفْعة، [2] كما لو كانت الدَّار بين ثلاثة شركاء،فباع واحـــد منـــهمْ نصيبه من أجنبي وكان أحد الشَّفيعين حاضراً ،والآخر غائباً، فأخذ الحـــاضر جميـــع الشِّقص ثم قدم الغائب، لم يكن له أن يأخذ من الحاضر جميع الشِّقص الذي أخذه.[3]

وقول أبي العباس: إنَّه يأخذ من نفسه بالشُّفْعة ليس بصحيح ؛لأنَّا لا نقول أنَّه يـــأخذ بالشُّفْعة من ملكه ولكن لا يقدَّم الشَّريك الآخر عليه ؛إذ كان لامزيَّة له عليه ،فيجعـل للشَّريك الآخر أخذ النَّصف فحسب، ويقرُّ النَّصف الآخر في ملك المشـــتري ؛لأنَّـــه شريك ،فإذا أقررناه حصل له الابتياع؛ لأنَّه يأخذه بالشُّفْعة. [4]

إذا ثبت هذا .

فإن قلنا بقول أبي العباس: إنَّه لا حقَّ للمشتري ؛فإنَّه يقال للشريك الآخر:لا شـــفيع لها هنا غيرك، فأنت بالخيار بين أن تأخذ الكلَّ، أو تترك الكلَّ ،وليس لك أن تـــأخذ البعض وتترك البعض. [5]

وإذا قلنا بقول عامة أصحابنا : [6] نظر في المشتري والشَّفيع :

فإن اختار أخذ الثلث بينهما نصفين كان لهما ذلك .

وإن عفا الشَّفيع عن الشُّفْعة بقي الثلث كلُّه على المشتري؛ [1] لأنَّ الشَّفيع يثبت لـه حقُّ التملك ،فإذا سقط /حقُّه بقي الملك على المشتري ،ولا يجبر الشَّفيع على الأخـذ بالشُّفْعة. [2]

٦/ل/٨ب

=

[1] انظر/ المهذب ٢/ ٢٢٠،التهذيب ص٥٥٤،الوسيط ٤/ ٧٨،فتح العزيز ٥/ ٥٠٠.

[2] انظر/ المهذب ٢/ ٢٢٠،التهذيب ص٥٥٤،البيان ٧/ ١٥٠،فتح العزيز ٥/ ٥٠٠

[3] انظر/ المهذب ٢/ ٢٢٠،البيان ٧/ ١٥٠.

[4] انظر/ المهذب ٢/ ٢٢٠،بحر المذهب ٩/ل ١٠٧-١٠٨،البيان ٧/ ١٥٠.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٨،البيان ٧/ ١٥١،فتح العزيز ٥/ ٥٠٠،الروضة ٥/ ٨٠.

[6] وهو أنَّ للمشتري الحق كما للشريك.

وإن قال المشتري :قد رضيت، أن يأخذ الشَّفيع الكلَّ بالشُّفْعة لم يكـــــره الشَّـــفيع [على] [3] ذلك ،بل يأخذ النَّصف ويترك النَّصف[4]؛لأنَّ الشُّفْعة إنَّما وجبت لـــه في النِّصف، فلم يلزمه أكثر من ذلك. [5]

=

[1] انظر/ الحاوي ٧/ ٢٩٩ ، بحر لمذهب ٩/ل ١٠٨،التهذيب ص٥٥٤، البيان ١٥١/٧.

[2] انظر المراجع السابقة .

[3][على] ساقطة، يدل عليها سياق الكلام.

[4] وحكي وجه/ أنّه إذا ترك المشتري حقّه ،لزم الآخر أخذُ الكلّ أو تركه .
انظر/ فتح العزيز ٥/ ٥٠٠،الروضة ٥/ ٨٠.

[5] انظر/ الحاوي ٢٩٩/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٠٨،البيان ١٥١/٧.

[٦٨] مسـألـة

قال : ((وَلَوْ شَجَّهُ مُوضِحَةً عَمْداً فَصَالَحَهُ مِنْهَا [(١)] عَلَى شَقْصٍ -وَهُمَا يَعْلَمَـان أَرْشَ الْمُوضِحَةِ -فَإِنَّ [(٢)] لِلشَّفِيعِ أَخْذَهُ بِالأَرْشِ [(٣)])).

وهذا كما قال.

حكم الأخذ بالشُّفْعة في هذه المسألة مبنيٌّ على حكم ما يجب في الموضحة ،وصحَّـة الصلح عليه.

فالموضحة :ديتها خمس من الإبل. [(٤)]

فإن كانت الجناية خطأً محضاً وجبت الدية أخماساً. [(٥)]

وإن كانت عمداً محضاً ،أو عمداً خطأً [(٦)] وجبت أثلاثاً. [(٧)]

ثم ينظر:-

فإن كانت الإبل موجودة لم يجز الانتقال عنها إلى غيرها . [(٨)]

وإن أعوزت الإبل انتقل إلى غيرها ،وإلى أي شيء ينتقل فيه؟

فيه قولان:

أحدهما: ينتقل إلى بدل مقدَّر ،وهو نصف عشر دية النفس،قاله في القديم. [(٩)]

---

(١) (منها) ليست في المختصر المطبوع ص١٣٢.

(٢) في المختصر المطبوع (كان) ص١٣٢.

(٣) مختصر المزني ص ص١٣٢.

(٤) انظر/ المهذب ٢١٥/٣،الوجيز ١٤٠/٢.

(٥) انظر/ التنبيه ص٢٢٢،الوجيز ١٤٠/٢.

(٦) وهو شبه العمد .

(٧) انظر/ التنبيه ص٢٢٢،الوجيز ١٤٠/٢.

(٨) مختصر المزني ص٢٥٨،الوجيز ١٤٠/٢.

(٩) فدية النفس ألف دينار ،أو أثنى عشر ألف درهم ،فنصف العشر خمسون دينار ،أو ستمائة درهم .
انظر/ المهذب ٢١٢/٣، الوجيز ١٤٠/٢، الروضة ٢٦١/٩.

وقال في الجديد:ينتقل إلى التيمة ،فينظر أقلّ خمس من إبل البلد، ولو كانت موجودة أجبر المجنيُّ عليه على أخذها ،فينتقل إلى قيمتها. [١]

فهذا حكم ما يجب في الموضحة.

وأمّا الصُّلح عليها .

فإنّ الجاني إذا صالح المجنّي عليه من الدَّية على شقص لم يخلُ من أن تكون الإبل معوزة، أو موجودة .

فإن كنت معوزة -وقلنا بالقول القديم : وأنّه ينتقل إلى بدل مقدَّر- [٢] صحّ الصُّلح؛ لأنّ العوض الذي وقع عليه الصُّلح معلوم. [٣]

وإذا قلنا بالقول الجديد: وأنّه ينتقل إلى القيمة فإن كانا يعلمان قدر القيمة الواجبة صحّ الصُّلح ،وإن كانا يجهلان ذلك أو أحدهما لم يصحّ الصُّلح. [٤]

وأمّا إذا صالحه والإبل موجودة فإنّا ننظر: فإن جهلا العدد أو السنّ لم يصحّ الصُّلح؛[٥]لأنّ العوض مجهول.

وإن علما [٦] ففيه **قولان**: [٧]

أحدهما:أنّ الصُّلح جائز؛[٨] لأنّ العدد والسنّ معلوم ،فلم تؤثّر الجهالة ؛لأنّه أيّ شيء أبى عنه قد اجتمع فيه العدد. والسن أجبر المجنيّ عليه على قبوله. [٩]

---

[١]وهو الجديد الأظهر ،المهذب ٢١٢/٣،الوجيز ١٤٠/٢،الروضة ٢٦١/٩، كفاية الأخيار ص٦٠٤.

[٢]وهو نصف عشر دية النفس.

[٣]انظر/ الحاوي ٣٠٠/٧-٣٠١،بحر المذهب ٩/ل ١٠٨.

[٤]انظر المرجعين السابقين والتلخيص ص٣٦٣.

[٥] انظر/ الوجيز ١٧٧/١،الروضة ١٩٥/٤.

[٦]العدد والسن ،وجهلا الصفة.

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٨.

[٧]وحكاهما الماوردي في الحاوي وجهين ٣٠١/٧.

[٨]انظر/ الحاوي ٣٠١/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٠٨،الروضة ١٩٥/٤.

[٩] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٨.

والقول الثَّاني: لا يصحُّ [1] ؛لأنَّ الصفة مثل اللَّون ونحوه، مقصود، وهو مجهول، فلم يصحَّ الصُّلح.

وأمَّا حكم الشُّفْعة فإنَّه مبنيٌّ على صحَّة الصُّلح.

فكلُّ موضع قلنا: إنَّ الصُّلح باطل، فليس للشَّفيع أنَّ يأخذ ؛لأنَّ ملك الشِّقص لم ينتقل إلى المصالح .

وكلُّ موضع قلنا: إنَّ الصُّلح صحيح ،فللشَّفيع أن يأخذ بالشُّفْعة ؛لأنَّ ملك الشِّقص،/ انتقل بمعاوضة. [2]

٦/ل/٩ب

ثم ينظر :فإن صالحه على بدل مقدَّر من ... [3] الدَّنانير ،فإنَّ الشَّفيع يستحقُّ الشِّقص بذلك البدل. [4]

وإن كان صالحه على قيمة الإبل عند إعوازها، فإنَّه يأخذه بقيمة الإبل.

وإن كان صالحه على الإبل عند وجودها ،فإنَّه يأخذ بقيمة الإبل ،فينظر أقلَّ خمسة من الإبل من نتاج البلد لو كانت موجودة أجبر الشَّفيع على الأخذ بها ،فيأخذ الشِّقص بقيمتها [5] ،والله أعلم بالصَّواب.

---

[1] وهو الأظهر .

انظر/ فتح العزيز ٥/٨٦، الروضة ٤/١٩٥.

[2] انظر/ الحاوي ٧/٣٠٠-٣٠١،بحر المذهب ٩/ل ١٠٨.

[3] بياض بقدر كلمة.

[4] انظر/ المرجعين السابقين .

[5] انظر/ المرجعين السابقين .

[٦٩] مسـألـة

قال : ((**وَلَوِ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ شِقْصاً بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ إلى آخر الفصل**)). [١]

وهذا كما قال.

لو ابتاع ذِميٌّ من ذِميٍّ شقصاً ،وكان له شريك ذميٌّ ،فإنَّ شريكه يستحقُّ الشُّفْعة [٢] ؛ لأنَّ الشُّفْعة من حقوق العقد، والمسلم والذميَّ في حقوق العقد سواء .

فإن ترافع البائع والمشتري والشَّفيع إلى الحاكم نظر:-

فإن كانا باعا الشِّقص بثمن صحيح ،مضى البيع، وحكم للشفيع بالشُّفْعة. [٣]

وإن كان باعا بثمن فاسد كالخمر والخنزير نظر:-

فإن لم يكونا تقابضا العوضين حكم بفسخ البيع [٤] وإبطاله ،وإذا بطل البيع لم يستحقّ الشَّفيع الشُّفْعة . [٥]

وهكذا إذا كان أحدهما قبض والآخر لم يقبض ،فإنَّه يحكم بإبطال البيع.

وإن تقابضا العوضين معاً و لم يأخذ الشَّفيع الشِّقص فإنَّه يقرُّهما على التبايع، لا على معنى أنَّه يحكم بصحة البيع ،ولكن يتركهما وما فعلاه ولا يتعرض لنقضه ولا يحكم للشفيع بالشُّفْعة [٦] ؛ لأنَّه إنَّما يحكم الشَّرع ،والشُّفْعة لا تستحقُّ في الشَّرع إلا ببيع صحيح. [٧]

---

[١] مختصر المزني ص١٣٢ ،وتمامه (وتقابضا ثم قام الشفيع وكان نصرانيًا أو نصرانية فأسلم ولم يزل مسلمًا فسواء لا شفعة له في قياس قوله؛ لأنَّ الخمر والخنزير لا قيمة لهما عنده بحال).

[٢] انظر/ الحاوي ٣٠٢/٧ ،بحر المذهب ٩/ل ١٠٨ ،التهذيب ص٥٥٢ ،البيان ١١١/٧ .

[٣] لأنَّ ثبوت الشُّفْعة فرع لصحة البيع .

[٤] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٨ ،التهذيب ص٥٥٢ ،البيان ١١٢/٧ .

[٥] انظر/ البيان ١١٢/٧ ،بحر المذهب ٩/ل ١٠٨ ،فتح العزيز ٤٩١/٥ ،الروضة ٧٣/٥ ،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥١/٢ .

[٦] انظر/ الحاوي ٣٠٢/٧ ،بحر المذهب ٩/ل ١٠٨ ،البيان ١١٢/٧ .

[٧] انظر/ البيان ١١٢/٧ .

وإن كانا تقابضا العوضين وأخذ الشَّفيع بشفعته، فإنَّ الحاكم يقرُّ الجميع علـــى مـــا فعلوه [1] ليس أنَّه يحكم بتصحيح ذلك لا ينقضه.

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٨،البيان ١١٢/٧،فتح العزيز ٤٩٠/٥،الروضة ٧٣/٥.

[٧٠] مسـألـة

قال : ((وَالمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعة سَوَاءٌ [١])).

وهذا كما قال.

إذا باع ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍ شِقْصاً ،وكان شريكه فيه مسلماً ،فإنَّه [٢] يسـتحقُّ الأخـذ بالشُّفْعة؛[٣] لأنَّ المسلم يستحقُّ الأخذ بالشُّفْعة من المسلم ،فبأن يستحقَّ الأخذ بها من الذِّمِّي أولى.

وأمَّا إذا باع شقصاً من مسلم وشريكه ذِمِّـيٌّ ،فإنَّ للذمِّيِّ أن يأخذ الشِّقص مـن المسلم [٤] ،وبه قال مالك [٥] وأبو حنيفة [٦] والأوزاعي. [٧]

وقال الشعبي [٨] وأحمد: لا يستحق الذِّمِّي شفعة على مسلم. [٩]

---

[١] مختصر المزني ص ص١٣٢.

[٢] أي المسلم .

[٣] ونقل الإجماع على هذا الماوردي ،والعمراني .

انظر/ الحاوي ٣٠٢/٧،البيان ١١١/٧،بحـر المذهب ٩/ل ١٠٩، الوسيط ٧٦/٤، فتح العزيز ٤٥٠/٥،الروضة ٧٣/٥.

[٤] انظر/ الإشراف لابن المنذر ٤٨/١، الحاوي ٣٠٢/٧،المهذب ٢١٥/٢،الوسيط ٧٢/٤.

وقال ابن سريج من الشَّافعيّة :لاشفعة لنصراني ولا ليهودي ولا لمجوسي على مسلم . الودائـع لمنصوص الشرائع ص٤٣٠.

[٥] انظر/ القوانين الفقهية ص١٨٩، عقد الجواهر الثمينة ٧٥٩/٢.

[٦] انظر/ المبسوط ٩٣/١٤، مختصر اختلاف العلماء ٢٤٤/٤، تبين الحقائق ٢٤٩/٥-٢٥٠.

[٧] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

انظر قوله في المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٠/٢.

[٨] تقدمت ترجمته ص٣٣٩.

وانظر/ قوله في الحاوي ٣٠٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٩، البيان ١١٢/٧،المغني ٥٢٤/٧،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٥٠/٢.

[٩] وهو المذهب عند الحنابلة ،وهو من المفردات .

وقيل له الشُّفْعة.

=

واحتجَّ من نصرهما:

بأنَّ إثبات ذلك [1] له حقاً يؤدِّي إلى استعلائه على المسلم. [2]

ودليلنا:

قوله ﷺ : ((**فإن باعه فشريكه أحقُّ به**)) [3] ولم يفرق بين /المسلم والذِّمِّيِّ.

٦/ل/٩

ولأنَّه حقٌّ موضوع لإزالة الضَّرر عن المال ،فاستوى فيه المسلم والذِّمَّيَّ ؛أصله ردُّ المعيب بالعيب. [4]

فأمَّا الجواب عن قولهم:إنَّ إثبات ذلك يؤدِّي إلى استعلائه على المسلم فهو:أنَّه ليس كذلك، بل هو من حقوق العقد، فأشبه الرَّدَّ بالعيب. [5]

= انظر/ المغني ٥٢٤/٧،الإنصاف ٢٢٨/٦،المبدع ٢٠٣/٥.

(١) أي الشُّفْعة.

(٢) انظر/ المغني ٥٢٤/٧،شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٠٦/٤.

(٣) تقدم تخريجه في ص٢٧٤.

(٤) انظر/ الحاوي ٣٠٣/٧، البيان ١١٢/٧،فتح العزيز ٤٩١/٥.

(٥) انظر/ الحاوي ٣٠٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٠٩.

فــرع

إذا وهب من [1] رجل شِقْصاً فهل للشّفيع أن يأخذ بالشُّفْعة أم لا؟.

ذلك مبنيٌّ على أنَّ الهبة هل تقتضي الثواب أم لا ؟.

ولا خلاف على المذهب أنَّ هبة النظير [2] من نظيره [3] ،والأعلى من الأدنى لا تقتضي الثَّواب. [4]

وأمَّا هبة الأدنى من الأعلى فهل يقتضي إطلاقها ثواباً ؟.

فيه قولان:

قال في الجديد: لا تقتضي ثوباً ،وهو الصحيح، [5] وبه قال أبو حنيفة. [6]

وقال في القديم ،وفي بعض كتبه الجدد: أنَّها تقتضي ثواباً [7] ،وإليه ذهب مالك[8].

فأمَّا إذا شرط فيها الثَّواب ،فإنَّ ذلك مبنيٌّ على حكم الإطلاق :-

---

(1) المراد بمن هنا إلى .

(2) النظير :المِثْل المساوي،وهذا نضير هذا أي مساويه ،والجمع نُظَراء.

انظر/ المصباح المنير ص ٢٣٤.

(3) في هبة النظير لنظيره :

طريقان :١) قطع العراقيون :بنفي الثواب، وهو المذهب .

٢)وطرد المراوزة القولين .

وحكى بعضهم وجهاً :أنّه إذا وهب لنظيره ونوى الثواب،استحقّه ،وإلا فقولان .فإن اختلفا في النية فأيهما يقبل قوله وجهان .

انظر/ الوسيط ٢٧٦/٤، فتح العزيز ٣٣١/٦،الروضة ٣٨٥/٥-٣٨٦،مغني المحتاج ٤٠٤/٢، نهاية المحتاج ٤٢٣/٥.

(4) وطرد صاحب التقريب القولين في هبة الأعلى للأدنى ،وهو شاذ.

انظر/ الوسيط ٢٧٦/٤،الروضة ٣٨٥/٥.

(5) وهو الأظهر . انظر/ الروضة ٣٨٥/٥،مغني المحتاج ٤٠٤/٢، نهاية المحتاج ٤٢٣/٥.

(6) ولم أعثر على من نقل هذا القول عنه.

(7) انظر/التنبيه ص١٣٩، الروضة ٣٨٥/٥،رحمة الأمة ص٣٦٠.

(8) انظر/ القوانين الفقهية ص٢٤٢.

فإن قلنا: إنَّ الإطلاق يقتضي الثَّواب -وإن شرط ثواباً مجهـولاً - صـحَّ [1] ؛لأنَّ حكم الإطلاق اقتضاه ،فشرطه لا يؤثِّر [2] .

وإن شرط ثواباً معلوماً ففيه **قولان**:

أحدهما: يصحُّ[3]؛ لأنَّ الإطلاق يقتضي الثَّواب فصحَّ شرطه.

والثَّاني: أنَّه لا يصحُّ؛[4] لأنَّ الإطلاق يقتضي ثواباً غير مقدَّر ،فإذا قدَّره كان ذلـك منافياً لمقتضى العقد ،فأبطله.

فإذا قلنا :إنَّ إطلاق الهبة لا يقتضي الثواب ،فإن شرط فيها ثواباً مجهولاً لم يصحَّ البيع كما لا يصحُّ البيع بثمن مجهول . [5]

وإن شرط ثواباً معلوماً فإنَّ الشَّافعيّ قال: يصحُّ ذلك فيكون في معنى البيع. [6]

قال الربيع:وفيه قول آخر:أنَّه لا يصحُّ . [7]

فأمَّا حكم الشُّفْعة .

---

[1] وهذا هو المذهب ،وبه قطع الجمهور .

وحكى الغزالي وجهاً :أنَّه يبطل بناءً على أنَّ العوض يُلحقه بالبيع .

انظر/ الوسيط ٢٧٧/٤،فتح العزيز ٣٣٢/٦،الروضة ٣٨٧/٥.

[2] انظر/ فتح العزيز ٣٣٢/٦،الروضة ٣٨٧/٥.

[3] وهو الأظهر .وعليه فهو بيع على الصحيح .وقيل هبة.

فإن قلنا هبة لم يثبت الخيار والشُّفْعة ، وإن قلنا بيع ثبتت هذه الأحكام .

انظر/ المهذب٣٣٥/٢،فتح العزيز ٣٣٢/٦،الروضة ٣٨٦/٥.

[4] انظر المراجع السابقة.

[5] انظر/ التنبيه ص١٣٩، الوسيط ٢٧٧/٤،فتح العزيز ٣٣٣/٦، الروضة٣٨٧/٥..

[6] انظر/ الأم ٣/٤.

وهو الأظهر كما تقدم في ص٤٥٢.

[7] انظر/ اختلاف العراقيين مطبوع مع الأم ١٠/٤.

فكلُّ موضع قلنا: إنَّ الهبة تقتضي ثواباً إمَّا حالة الإطلاق ،أو حالة الشـــــرط ،فـــإنَّ الشَّفيع يستحقُّ أخذ الشِّقص بالشُّفْعة [1] ؛لأنَّه ملك بعـــوض فاســتحقَّ أخـــذه بالشُّفْعة، كما لو بيع . [2]

وكلُّ موضع قلنا :إنَّ ذلك لا يقتضي ثواباً لم يكن له أخذه بالشُّفْعة؛[3]لأنَّه ملك بغـير عوض ،فلم يستحقَّ أخذه بالشُّفْعة، كما لو ملك بإرث. [4]

---

[1] انظر/ فتح العزيز ٦/٣٣٢،الروضة ٥/٣٨٦.

[2] انظر/ الأم ٤/٧٤،الوسيط ٤/٢٧٧، الروضة ٥/٣٨٦.

[3] انظر/ فتح العزيز ٦/٣٣٢،الروضة ٥/٣٨٦.

[4] كما تقدم أن الشِّقص إذا ملكه بإرث فلا شفعة.

فــــرع

إذا باع من رجل شِقْصاً ،فأصاب به عيباً فقال الشَّفيع: أنا آخذه بالعيب بالثَّمن الذي ابتاعه المشتري به، وأراد المشتري ردَّه بالعيب على البائع لم يكن له ذلـــك [1] ؛لأنَّ المشتري إنَّما يردُّ بالعيب ليستدرك الظلامة، وزال الغبن [2]، فلم يكن له الرَّدُّ.

ولأنَّ حقَّ الشَّفيع سابق لحقِّ الرَّدِّ بالعيب ؛ لأنَّه يثبت بالعقد ،وحقُّ الرَّدِّ يثبت عنـــد العلم بالعيب [3].

وهكذا إذا باع شِقْصاً معيباً، و لم يعلم الشَّفيع بالبيع ،/فردَّ المشتري بالعيب ،ثم علـــم الشَّفيع فله أن يفسخ الرَّدَّ بالعيب ،ويأخذ الشِّقص من المشتري ،لما ذكرنا من أن حقَّه سابق. [4]

٦/ل/٠

---

[1] في هذه المسألة قولان وقيل وجهان :

أظهرهما عند الجمهور ،وقطع به بعضهم أنَّ الشَّفيع أولى .

والثَّاني :أنَّ المشتري أولى .

انظر/ التهذيب ص٥٢٩،الوجيز ١/٢١٥،،فتح العزيز ٥/٤٩٤،الروضة ٥/٧٥.

[2] كأن في الكلام سقطاً.

[3] انظر/ فتح العزيز ٥/٤٩٤،الروضة ٥/٧٥.

[4] إن قلنا أن المشتري أولى عند اجتماعهما فليس له الفسخ .

وإن قلنا الشَّفيع أولى فوجهان :

أحدهما :لا يجاب .

والأصح :أنَّه يجاب .

انظر/ فتح العزيز ٥/٤٩٤،الروضة ٥/٧٥،نهاية المحتاج ٥/٢٠١.

فــــرع

إذا باع من رجل شِقْصاً ،وثبت للشَّفيع فيه الشُّفْعة فتصرَّف المشتري في الشِّقص قبـــل أن يأخذه الشَّفيع صح تصرفه؛ لأنَّـــه ملـــك الشِّـــقص بالابتيـــاع فتصرُّفـــه صـــادف ملكه[1]،وثبوت حقِّ التمليك للغير لا يمنع صحة تصرُّفه ، [2] كما لو باع عبـــداً بثـــوب وأصاب المشتري بالعبد عيباً ،فإنَّ له حقَّ الرَّدِّ واسترجاع الثوب ،ثم لو تصرّف المشـــتري بعد تصرفه إلا أنَّ ذاك التصرُّف لا يبـــطل حـــقُ الشَّفيع ؛لأنَّ حـــقَّه ســـــابق لهـــذا التصرَّف. [3]

فإذا ثبت هذا فلا يخلو:-

إمَّا أن يكون المشتري تصرَّف بما يتجدَّد به وجوب الشُّفْعة مثل :أن يبيـــع الشِّـــقص ،أو يصالح عليه، أو يتزوَّج امرأة ويصدقها،أو يهبه بشرط الثواب.

فإن قلنا :إنَّ ذلك [4] صحيح، فالشَّفيع بالخيار بين أن يأخذ الشِّقص بـــالعقد الأول، أو الثَّاني ؛لأنَّه شفيع في كلِّ واحدة منهما ،فينظر ما له فيه المصلحة فيأخذ به . [5]

ثم يُنظر فإن أراد أن يأخذ بالعقد الأول ،فإنَّه يأخذ الشِّقص بمثل الثَّمن الذي عقد بـــــه العقد الأول. [6]

---

[1] انظر/ المهذب ٢٢١/٢، الوجيز ٢١٨/١،فتح العزيز ٥٢١/٥،المنهاج وشرحه مغني المحتاج٣٠٣/٢.
- ونقل الرافعي عن التتمة وجه غريب عن ابن سريج أنَّها باطلة ؛لأنَّ للشفيع حقاً لا سبيل لإبطاله . انظر/ فتح العزيز ٥٢١/٥،الروضة ٩٦/٥.

[2] انظر المرجعين السابقين ،ومغني محتاج ٣٠٣/٢.

[3] كما تقدم في ص٢٥٥.

[4] أي التصرف.

[5] انظر/ المهذب ٢٢١/٢، التهذيب ص٥٤٣،البيـــان ١٥٣/٧-١٥٤،فتـــح العزيـــز ٥٢١/٥،الروضـــة ٩٦/٥،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٠٤/٢.
- وهذا هو المذهب ،وفي وجه :لا ينتقض تصرفه ،وفي وجه لا ينقض ما ثبت فيه الشُّفْعة ،لكن يتجـــدد حق الشُّفْعة بذلك ،وقيل :لا يتجدد أيضاً،وفي وجه :لا ينقض الوقف ،وينقض ما سواه . انظر/ فتـــح العزيز ٥٢١/٥-٥٢٢،الروضة ٩٦/٥.

[6] وقد تقدم ص٢٩٥.

وإن أراد أن يأخذه بالعقد الثّاني نُظر :

فإن كان المشتري باع الشِّقص أخذه بمثل الثّمن الذي باع به، وإن كان صالح عليه أخذه بمثل العوض الذي صولح به، [1] فإن كان تزوّج امرأة وأمهرها إيَّاه أخذ بمهر المثل ، [2] وإن كانت امرأة خالعت [3] زوجها عليه أخذه بمهر المثل ،وإن كان وهبه بشرط الثّواب أخذه بمثل الثّواب المشروط [4] وفي هذه المواضع كلّها يأخذه ممن انتقل الملك إليه بالعقد الثّاني ويكون عهدته عليه .

وأمَّا إذا تصرَّف فيه بما لا يجب فيه شفعة ،مثل: أن يوقف الشِّقص ،أو يجعله مسجداً ،أو سقايةً ،فللشَّفيع إبطال ذلك التصرُّف، [5] فكان له إبطاله وأخذ حقّه.

---

[1] وقد تقدم ص٤٢٩.

[2] وقد تقدم ص٣٢٢.

[3] الخُلع: بضم الخاء من الخَلع بفتحها وهو النــزع ؛لأن كلًّا من الزوجين لباس الآخر .
وهو في الشرع :فُرْقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع كقوله طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل .
انظر/ مغني المحتاج ٢٦٢/٣،فتح الوهاب ١١٢/٢.

[4] وقد تقدم في ص٤٥٢.

[5] انظر/ المهذب ٢٢١/٢،التهذيب ص٥٤٤، الوجيز ٢١٨/١،البيان ١٥٣/٧،الروضة ٩٦/٥.
- وذكر العمراني أنّه إذا وقفه المشتري ففيه وجهان :-
أحدهما: قال الماسرجسي :يصح الوقف وتبطل الشُّفْعة ؛لأنَّ الشُّفْعة إنَّما تثبت في المملوك ،والوقف غير مملوك ،فبطلت في الشُّفْعة .
الثّاني :وهو قول عامة أصحابهم ،وهو الصحيح :أنَّ للشفيع أن يبطل الوقف ويأخذ الشُّفْعة ،كما تُبطل الهبة ؛لأنَّ استحقاقه للشفعة سابق لوقف المشتري. البيان ١٥٣/٧.

فـــــرع

إذا كانت دار بين شريكين لكلٍّ واحد منهما نصفها،فباع أحدهما النَّصف من نصيبه، وهو الرُّبع من جميع الدَّار من الكل و لم يعلم الشَّفيع بذلك، ثم باع النَّصـــف الآخـــر بعقد آخر، وعلم الشَّفيع به فله ،أن يأخذ أحدهما [1] ؛لأنَّه شفيع عند كلٍّ واحـــــد العقدين . [2]

ثم ينظر :

فإن اختار أن يأخذ الشِّقص الذي بيع به أولاً كان له أخذ جميعه [3] ؛ لأنّه لا شفيع فيه غيره .

وإن أراد أن يأخذ الشِّقص/ الثَّاني ويعفو عن الأول نظر:

فإن كان الشِّقص الثَّاني بيع من غير الذي بيع منه الأوَّل ،فالذي اشـــترى الشِّـــقص الأوَّل شفيع ،والشَّريك الذي له نصف الدَّار شفيع ،فلهما أن يأخذا الشِّقص الآخـــر بالشُّفْعة .

وهل يأخذوا على الرؤوس أو على الأنصباء ؟على قولين. [4]

وإن كان الشِّقص الثَّاني بيع من الذي بيع منه الشِّقص الأوَّل؛ فإنَّ المشـــتري شـــفيع بالشِّقص الأول، وهل له الشُّفْعة في الشِّقص الثَّاني أم لا ؟

---

[1] فالشُّفْعة في النَّصف الأول تختص بالشريك الأول .ثم قد يعفو عنه ،وقد يأخذه .

وفي النَّصف الثَّاني أوجه .

أحدها :يختص به الأول .

والثَّاني :يشترك فيه الأول والمشتري الأول .

وأصحها :إن عفا الشريك الأول عن النَّصف الأول ، اشتركا ،وإلا ،فيختص به الشريك الأول .

انظر/ البيان ١٤٣/٧،الروضة ١٠١/٥.

[2] انظر/ البيان ١٤٣/٧.

[3] انظر/ البيان ١٤٣/٧،الروضة ١٠١/٥.

[4] وقد تقدما في ص٣٣٨-٣٣٩.

على قول أبي العباس [1] لا شفعة له ، [2] فيكون لصاحب نصف الدَّار أن يـــأخذ الشِّقص الثَّاني كلّه .

وعلى قول المزني وأبي إسحاق [3] له الشُّفْعة . [4]

فيكون هو وصاحب النَّصف شفيعين في الشِّقص الثَّاني وهو الربع،وهل يأخذانه علـى عدد الرؤوس أو على قدر الأنصباء ؟ على قولين. [5]

---

[1] تقدمت ترجمته ص١٨٧

[2] وقد تقدم في ص٤٤٢.

[3] المروزي وقد تقدمت ترجمته في ص١٤٠.

[4] تقدما القولين في ص٤٤٢.

[5] تقدم في ص٣٣٨-٣٣٩.

فـــــرع

إذا كانت دار بين شريكين ،فأراد أحدهما بيع نصيبه، فتعرَّض أجنبيٌّ لشرائه ،فقال لـه الشَّريك: اشتره قد عفوت عن حقَّي من الشُّفْعة، فاشتراه لم تسقط بذلك شفعته ،بل له أن يأخذ بالشُّفْعة بعد البيع [1] ؛لأنَّ حقه من الشُّفْعة يثبت بعقد البيـــع، فـإذا أسقطه قبل وجوبه لم يصحَّ [2] ؛كما لو أوصى بأكثر من ماله ،فأجاز الورثة ذلـك قبل موته. [3]

---

[1] انظر/ البيان ١٠٩/٧،الروضة ١١٣/٥، مغني المحتاج ٣٠٩/٢،نهاية المحتاج٢١٩/٥.

[2] انظر/ البيان ١٠٩/٧.

[3] انظر/ التهذيب ص٥٢٨ .

فــــرع

إذا باع شِقْصاً ووجبت للشَّفيع فيه الشُّفْعة ،فأخَّر المطالبة حتى مضت مدَّة، ثم قـــال: إنَّما أخرت المطالبة ؛لأنَّني لم أصدّق أنّ الشِّقص قد بيع ،ويثبت لي فيه الشُّفْعة.

فإنه يُنظر: فإن كان قد أخبره بالبيع جماعة يقع العلم بخبرهم لم تقبل دعواه ،ويبطـــل حقُّه من الشُّفْعة [1] ؛لأنّ الجماعة إذا أخبروا بالشَّيء وقع العلم بخبره ضرورة.

وإن كان أخبره بذلك شاهدان لم يُصَدَّق أيضاً [2] ؛لأنَّ الشاهدين حجَّـــة يثبـــت الحكم بقولهما في الشَّرع. [3]

وإن كان أخبره عبد [4] ، أو صبيٌّ [5] ، أو امرأة [6] ،أو كـــافر [7] ، صُـــدِّق ؛لأنَّ قول هؤلاء ليس بحجَّة في الشَّرع.

فإن أخبره بذلك شاهد واحد عدل ففيه وجهان:

---

[1] انظر/ الحاوي ٢٤٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ٦٨،البيان ١٣٨/٧،الروضة ١٠٩/٥.

[2] وكذلك إذا أخبره رجل وامرأتان ،أو ما فوق ذلك .
انظر/ المهذب ٢١٩/٢،التهذيب ص٥٢٥،الوسيط ٩٩/٤،البيان ١٣٨/٧،الروضة ١٠٩/٥.

[3] انظر/ المهذب ٢١٩/٢،التهذيب ص٥٢٥.

[4] وفي وجه أنّه إن أخبره عبد ثقة بطل حقّه على الأصح .
وذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ :أنّه لاتسقط شفعته ،وجهاً واحداً ،كالصَّبي والفاسق.
انظر/المهذب ٢١٩/٢، التهذيب ص٥٢٥،الوسيط ٩٩/٤،البيان ١٣٩/٧. الروضة ١٠٩/٥.

[5] انظر/ المهذب ٢١٩/٢، التـــهذيب ص٥٢٥، الوجـــيز ٢٢٠/١،فتـــح العزيـــز ٥١٤/٥، الروضـــة ١٠٩/٥،مغني المحتاج ٣٠٨/٢.

[6] المرأة كالعبد على المذهب ، وعليه ففيها وجهان .
وقيل كالفاسق ،وعليه لا يقبل قولها ،ولاتسقط شفعته إذا أخبرته.
انظر/المهذب ٢١٩/٢، التهذيب ص٥٢٥،الوسيط ٩٩/٤،البيان ١٣٩/٧،فتح العزيز ٥٤١/٥، الروضـــــة ١٠٩/٥.

[7] انظر/ المهذب ٢١٩/٢، التهذيب ص٥٢٥، الوجيز ٢٢٠/١،فتح العزيز ٥٤١/٥، الروضة ١٠٩/٥،مغني المحتاج ٣٠٨/٢.

أحدهما: لا تقبل؛[1] لأنَّ الشَّاهد الواحد ليس بحجة في الشَّرع، [2] ،فصار كما لـو أخبره عبد أو امرأة.

والثَّاني: أنَّه يقبل؛[3]لأنَّ الشاهد يُحكم به وبالدِّين [4] ، فهو مـــن جملـــة الحجـــج فصـــار ذلك كالشَّاهدين.

---

[1] انظر المراجع السابقة .

[2] انظر/ المهذب ٢/٢١٩،البيان ٧/١٣٨.

[3]ويبطل حق الشَّفيع بالشُّفْعة .

وهو الأصح .

انظر/المهذب ٢/٢١٩، الوسيط٤/٩٩،البيان ٧/١٣٨،فتح العزيز ٥/٥٤١،الروضة ٥/١٠٩،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٣٠٨.

[4]انظر/ المهذب ٢/٢١٩،البيان ٧/١٣٨.

فــــرع

إذا وجب لرجل شفعة ،فجاء إلى المشتري فقال له : السَّلام عليك ،بارك الله لك في صفقة يمينك، أنا /مطالب لك بالشُّفْعة ، لم تبطل بذلك شفعته [1] ؛لأنَّ قوله:السَّلام عليك تحيَّة فلا تبطل بها الشُّفْعة .

٦/ل/١١أ

وقوله:بارك الله لك في صفقة يمينك، لا يتضَّمن ترك المطالبة [2] ، بل يعود ذلك بنفع للشَّفيع ؛لأنَّه إذا بورك له في الشُّفْعة وحصل الملك له ،كان للشَّفيع أن يأخذ من الصَّفقة المباركة. [3]

فأمَّا إذا قال الشَّفيع للمشتري:بعني الشِّقص ،أو هَبْه لي ،فإنَّ شفعته تبطل [4] ؛ لأنَّه لما عدل عن المطالبة بالشُّفْعة إلى أن يأخذ بجهة أخرى ،كان ذلك رضىً منه بترك الشُّفْعة والعفو عنها. [5]

وهكذا إذا قال :بكم ابتعته؟ ،أو كم الثَّمن؟ بطلت شفعته [6] ؛ لأنَّه كان يمكنه أن يقول مكان ذلك قد أخذت بالثَّمن الذي ابتعت به ،فلمَّا لم يفعل كان تاركاً للمطالبة بالشُّفْعة مع تمكنه منه. [7]

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٢٣٩،المهذب ٢/٢١٨،التهذيب ص٥٢٢،البيان ٧/١٣٤،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٦٠،فتح الجواد ١/٥٦٩.

- قال الإمام :ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة ،لا يبعد أن يشترط فيه ترك الابتداء بالسلام .الروضة ٥/١١٠.

[2] فلا تبطل شفعته على الأصح ،وبه قطع الجمهور.

انظر/ الوجيز ١/٢٢٠،فتح العزيز ٥/٥٤١،الروضة ٥/١١٠، فتح الجواد ١/٥٦٩،مغني المحتاج ٢/٣٠٨.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢١٨،التهذيب ص٥٢٢،البيان ٧/١٣٤.

[4] انظر/ البيان ٧/١٣٤،فتح الجواد ١/٥٦٩.

[5] انظر/ البيان ٧/١٣٤.

[6] وبه قطع العراقيون ،وقالوا :حقُّه أن يظهر الطلب ثم يبحث.

والأصح أن شفعته لاتبطل ؛لافتقاره إلى تحقيق ما يأخذه به .

انظر/ فتح العزيز ٥/٥٤٢،الروضة ٥/١١٠،فتح الجواد ١/٥٦٩،مغني المحتاج ٢/٣٠٨.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٦٩.

فأمَّا إذا وجب للرجل شُفعة، فصالحه المشتري على أن يسقط حقَّه على عوض بذلـــه له ،فإنَّ الترك لا يصحُّ ،ولا يملك العوض الذي أخذه منه ، [1] لأنَّه لم يملـــك شـــيئاً ،وإنَّما ملك أن يملك ،وإنَّما يثبت له حقُّ تملُّك واختيار لم يصحَّ أخذ العوض عليـــه ،كما لا يصحُّ أخذ العوض على خيار الثَّلاث . [2]

ولكن هل يسقط حقُّه من الشُّفْعة فيه؟ وجهان. [3]

وهكذا في خيار الثَّلاث ،وقد ذكرنا ذلك في البيوع. [4]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٦٩،المهذب٢/ ٢١٨،الوجيز ١/ ٢٢٠،البيان ١٣٤/٧،المعاني البديعة في معرفـــة اختلاف أهل الشريعة ٥٥/٢.

- واختار أبو إسحاق المروزي صحته.

انظر/ فتح العزيز ٥٤٤/٥،الروضة ١١١/٥.

[2] انظر/ المهذب ٢١٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ٦٩،البيان ١٣٥/٧.

[3] أحدهما :تسقط ؛لأنَّه لما عدل عن الشُّفْعة إلى العوض كان ذلك رضىً بإسقاطها.

والثَّاني:لا تسقط ،وهو الصحيح ،لأنَّه عدل عن الشُّفْعة إلى عوض ،فإذا لم يصح له العوض رجع إلى شفعته ،كما لو باع عيناً بثمن لا يصح . البيان ١٣٥/٧.

وذكر في فتح الجواد أنَّه إن جهل أن الصلح على الشُّفْعة فاسد لم يسقط حقُّه ،وإلا سقط . ٥٧٠/١.

وانظر/ مغني المحتاج ٣٠٩/٢.

[4] كتاب البيوع من التعليقة الكبرى .

فـــرع

إذا كانت دار بين شريكين لكلٍّ واحد منهما نصفها ،فوكَّل أحدهما الآخر في بيـــع نصف نصيبه ،وقال له: إن أردت أن تبيع النِّصف من نصيبك معه فـــافعل، فبـــاع الوكيل نصف نصيبه ،ونصف نصيب الموكِّل بثمن معلوم فالبيع صحيـــح ؛لأنَّ مـــا يقابل كلَّ واحد من المبيعين معلوم ،وللموكِّل أن يأخذ نصيب الوكيل الذي باعـــه بالشُّفْعة ؛لأنَّه لا شفيع فيه سواه ،وأكثر ما فيه الإذن في البيع ،وهذا لا يسقط حقَّـــه من الشُّفْعة [1] .

وأمَّا إذا أراد الوكيل أن يأخذ نصيب الموكِّل الذي باعه له بالشُّفْعة ،فهل له ذلـــك أم لا ؟

فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك ؛لأنَّه يأخذه من المشتري لا من يد نفسه.

والثَّاني: وهو الأصحُّ أنَّه ليس له أخذه [2] ؛ لأنَّه لمَّا لم يملك أن يبتاع هذا الشِّـــقص لنفسه ، لم يملك أخذه بالشُّفْعة ،ولأنَّه متَّهم في أنَّه يرخِّص في البيع؛ ليأخذ الشِّـــقص بذلك الثَّمن ،فلم يصحَّ أخذه إيَّاه بالشُّفْعة،والله أعلم.

---

[1] وقد تقدمت هذه المسألة وذكر الخلاف مع الحنفية في ص٤٠٢.

[2] وقد تقدم ذكر الوجهين وبيان الصحيح منهما في ص٤٠٢ .

فـــرع

إذا كانت دار بين شريكين فباع أحدهما نصيبه ،وجب للآخر الشُّفْعة، ثم باع الشَّفيع نصيبه قبل أن يعلم بيع الأول ووجوب الشُّفْعة له فهل تبطل /شفعته بذلك ؟.

فيه وجهان: [1]

أحدهما: أنَّها لا تبطل [2] ؛لأنَّه يستحقُّ الشُّفْعة بالبيع ،وملكه كان موجوداً حـال البيع، فاستحق الشُّفْعة به ،ولم تبطل شفعته بزوال الملك الثَّاني. [3]

والوجه الثَّاني: وهو قول أبي العبـاس [4] أنَّ شـفعته تبطـل [5] ؛لأنَّ سـبب استحقاق الشُّفْعة الملك، وإذا زال الملك زال الاستحقاق. [6]

قال أبو العباس: فهو بمنـزلة أن يشتري شيئاً فيصيب به عيباً،فقبـل أن يـردَّه زال العيب ،فإنَّ حقَّه من الرَّدِّ يسقط ؛لأنَّ سبب استحقاق الرَّدِّ قد زال . [7]

فإذا قلنا :إنَّ له الأخذ بالشُّفْعة أخذ .

وإذا قلنا: ليس له ذلك ،ففرَّع أبو العباس على هذا فقال :إذا كان قد باع النِّصـف من نصيبه فهل يبطل حقَّه من الشُّفْعة ؟.

يحتمل وجهين:

---

(1) حكاهما أبو حامد الإسفراييني .
انظر/ الحاوي ٢٤٤/٧،حلية العلماء ٢٩٠/٥.

(2) انظر/ الحاوي ٢٤٤/٧،المهذب ٢١٩/٢،حلية العلماء ٢٩٠/٥،البيان ١٤١/٧.

(3) انظر/ الحاوي ٢٤٤/٧،البيان ١٤١/٧،فتح العزيز ٥٤٣/٥.

(4) تقدمت ترجمته ص١٨٧.

(5) وهو الأصح .
انظر/ الحاوي ٢٤٤/٧،المهذب ٢١٩/٢، حلية العلماء ٢٩٠/٥،البيان ١٤١/٧،الروضة ١١١/٥،المنـهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٠٩/٢.

(6) انظر/ المهذب ٢١٩/٢،البيان ١٤١/٧،مغني المحتاج ٣٠٩/٢.

(7) ولم أعثر على من نقل هذا القول عن أبي العباس .

أحدهما:أنّه لا يبطله ؛[1]لأنّ الشُّفْعة تستحقُّ بالملك القليل ،كما تُستَحقُّ بالكثير،ولو كان هذا القدر من الملك موجوداً حال البيع استحقَّ به الشُّفْعة ،فكذلك إذا كان موجوداً حال الأخذ.[2]

والوجه الثّاني:أنّ الشُّفْعة تبطل؛[3] لأنّها تستحقّ بالملك القليل ،فإذا كثر كان الاستحقاق متعلّقاً بجميعه، كما أنّ الموضحة إذا صغرت تعلّق بها الأرش ،وإذا كثرت تعلق الأرش بجميعها ،فإذا كانت الشُّفْعة تُستَحقُّ بجميع الملك، فإذا باع بعضه سقط بعض حقّه، فإذا سقط بعض الشُّفْعة سقط جميعه، كما لو وجب لرجل شفعته فعفا عن بعضها.[4]

---

[1] وأطلق البغوي ،وقال :إنّها لا تبطل ،التهذيب ص٥٣١.

وقال النووي (الأصح هنا على الجملة :أنّها لا تبطل لعذره ،مع بقاء الحاجة للمشاركة)الروضة ١١١/٥.

انظر/ فتح العزيز ٥٤٣/٥.

[2] انظر/ الحاوي ٢٤٤/٧،البيان ١٤١/٧.

[3] انظر المرجعين السابقين ،وفتح العزيز ٥٤٣/٥.

[4] كما تقدم في ص٤٤٣.

فــرع

إذا باع شِقْصاً في مرضه المخوف [1] لم يخلُ: -

إمَّا أن يبيعه من وارث، أو غير وارث.

فإن باعه من وارث لم يخلُ :-

من أن يحابي [2] ، أو لا يحابي.

فإن لم يحابَ نُظِر:-

فإن كان الشِّقص يساوي ألفاً فباعه بألف صحَّ البيع، وللشَّفيع الأخذ بالشُّفْعة بالألف، وسواء كان الشَّفيع وارثاً أو غير وارث؛[3] لأنَّ البيع بثمن المثل من الوارث بمنزلة البيع من الأجنبي ،ولو باعه من الأجنبي بثمن المثل صحَّ البيع وكان للشفيع الأخذ، وسواء كان وارثاً أو غير وارث، [4] كذلك هاهنا .

وأمَّا إذا باع وحابى :مثل أن يكون الشِّقص يساوي ألفين ،فباعه بألف ، فالمحاباة في المرض بمنزلة الوصيَّة، وللورثة منعها سواء كان يحتملها الثُّلُث أو لم يحتملها [5] ،فإذا لم يجيزوا انفسخ البيع في النِّصف وهو الذي حصلت المحاباة بـه [6] ، ويصحُّ في النِّصف [7] ،ويقال للشفيع: أنت بالخيار بين أن تأخذ ما صحَّ فيه البيع من الشِّقص

---

[1] المرض المخوف والمخيف :هو الذي يُخاف فيه الموت؛ لكثرة من يموت به ،فمن قال مخوف .قال: لأنَّه يخاف فيه الموت ،ومن قال مُخيف ،لأنَّه يخيف من رآه.
تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٤١،وانظر/ مغني المحتاج ٣/٢٤١.

[2] المحاباة في البيع :هي ترك شئ من الثَّمن ، مأخوذ من الحِبَاء وهو العطية ،يقال حَبَاه يَحْبُوه ،كأنَّه أعطاه ذلك مفاعلة من الحِبَاء .النظم المستعذب ٢/٢١٦.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٠،البيان ٧/١٢٤.

[4] المرجعين السابقين.

[5] انظر/ الحاوي ٧/٢٣٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٠،البيان ٧/١٢٤.

[6] انظر/ المهذب ٢/٢١٦،بحر المذهب ٩/ل ٨٠،البيان ٧/١٢٤،الروضة ٥/٨٠.

[7] وفي صحة الباقي طريقان :
أحدهما :فيه قولا تفريق الصَّفقة .
=

فـــرع

إذا باع شِقْصاً في مرضه المخُوف [(١)] لم يخلُ: -

إمَّا أن يبيعه من وارث، أو غير وارث.

فإن باعه من وارث لم يخلُ :-

من أن يحابي [(٢)] ، أو لا يحابي.

فإن لم يحابَ نُظِر:-

فإن كان الشِّقص يساوي ألفاً فباعه بألف صحَّ البيع، وللشَّــفيع الأخــذ بالشُّــفْعة بالألف، وسواء كان الشَّفيع وارثاً أو غير وارث؛[(٣)] لأنَّ البيع بثمن المثل من الــوارث بمترلة البيع من الأجنبي ،ولو باعه من الأجنبي بثمن المثل صحَّ البيع وكـــان للشــفيع الأخذ، وسواء كان وارثاً أو غير وارث، [(٤)] كذلك هاهنا .

وأمَّا إذا باع وحابى :مثل أن يكون الشِّقص يساوي ألفين ،فباعه بألف ، فالمحابـــاة في المرض بمترلة الوصيَّة، وللورثة منعها سواء كان يحتملها الثُّلث أو لم يحتملها [(٥)] ،فـإذا لم يجيزوا انفسخ البيع في النِّصف وهو الذي حصلت المحاباة بـــه [(٦)] ، ويصــحُّ في النِّصف [(٧)] ،ويقال للشفيع: أنت بالخيار بين أن تأخذ ما صحَّ فيه البيع من الشِّــقص

---

(١) المرض المخوف والمخيف :هو الذي يُخاف فيه الموت؛ لكثرة من يموت به ،فمن قال مخوف .قال: لأنَّــه يخاف فيه الموت ،ومن قال مُخيف ،لأنَّه يخيف من رآه.
تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٤١،وانظر/ مغني المحتاج ٢٤١/٣.

(٢) المحاباة في البيع :هي ترك شئ من الثَّمن ، مأخوذ من الحِبَاء وهو العطية ،يقال حَبَاه يَحْبُوه ،كأنَّه أعطـاه ذلك مفاعلة من الحِبَاء .النظم المستعذب ٢١٦/٢.

(٣) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٠،البيان ١٢٤/٧.

(٤) المرجعين السابقين.

(٥) انظر/ الحاوي ٢٣٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٠،البيان ١٢٤/٧.

(٦) انظر/ المهذب ٢١٦/٢،بحر المذهب ٩/ل ٨٠،البيان ١٢٤/٧،الروضة ٨٠/٥.

(٧) وفي صحة الباقي طريقان :
أحدهما :فيه قولا تفريق الصَّفقة .

بالألف، أو تترك ،فإن أخذ جاز ذلك [1] ؛ لأنَّ هذا هو الثَّمن الذي استقرَّ عليه العقد. [2]

٦

وإن ترك كان المشتري بالخيار بين أن يُقِرَّ البيع في الذي /صحَّحنا فيه أو يفسخ؛ لأنَّ الصَّفقة قد تفرَّقت عليه. [3]

وأمَّا إذا باع من غير وارث .ولم يحاب، فللشَّفيع أن يأخذ الشِّقص، سواء كان وارثاً أو غير وارث. [4]

وإن حابى في البيع لم يخلُ من أحد أمرين:

إمَّا أن يكون الشَّفيع وارثاً أو غير وارث.

فإن لم يكن وارثاً نُظِر في المحاباة :

فإن احتملها الثُّلث صحَّ البيع في الجميع بالألف ،وللشَّفيع أن يأخذ ذلك بالشُّفْعة [5]؛ لأنَّه يأخذ الشِّقص بالثَّمن الذي استقرَّ العقد عليه.

وإن لم يحتمل الثُّلث قدر المحاباة صحَّ البيع في القدر الذي يحتمله الثُّلث من المحاباة، [6] وينفسخ فيما زاد على ذلك [7] .

ويقال للشَّفيع :أنت بالخيار بين أن تأخذ ما صحَّ البيع فيه من الشِّقص بالألف ،أو تترك ،فإن أخذ كان له ذلك ؛لأنَّ هذا هو الثَّمن الذي استقرَّ عليه العقد. [8]

=

والثَّاني :القطع بالصحة،والمذهب أن العقد يصح بالباقي قولاً واحداً.

انظر/ التهذيب ص٥٤٥،فتح العزيز ٥٠١/٥،الروضة ٨٠/٥.

[1] انظر/ المهذب ٢١٦/٢،التهذيب ص٥٤٥،البيان ١٢٤/٧.

[2] انظر/ المهذب ٢١٦/٢،البيان ١٢٤/٧.

[3] انظر/ المهذب ٢١٦/٢،التهذيب ص٥٤٥،البيان ١٢٤/٧.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٠،حلية العلماء٢٨٠/٥،البيان ١٢٤/٢

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٠،فتح العزيز ٥٠١/٥،الروضة ٨٠/٥.

[6] وفي صحة الباقي طريقان وقد تندما ذكرهما في الصفحة السابقة .

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٠،التهذيب ص٥٤٦،البيان ١٢٥/٧،الروضة ٨٠/٥.

[8] انظر/ الحاوي ٢٣٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٠،البيان ١٢٥/٧.

وإن ترك كان المشتري بالخيار بين أن يُقِرَّ البيع في الذي صحَّحنا البيع فيه ،أو يفسخ ؛لأنَّ الصَّفقة تفرَّقت عليه. [1]

وأمَّا إذا كان الشَّفيع وارثاً :فالحكم فيه- إذا احتمل الثُّلُث المحاباة وصحَّحنا البيع في جميع الشِّقص –كالحكم فيه إذا لم يحتمل الثُّلُث المحاباة وصحَّحنا البيع فيما لم يحتمله الثُّلُث منها [2] إلا أنَّا نفرض المسألة فيه إذا احتمل الثلث المحاباة .

فذكر أبو العباس: [3] في هذا أربعة أوجه [4]وخرَّج أصحابنا فيه وجهاً آخر: [5]

فالوجه الأوَّل:هو أنَّ البيع يصحُّ في نصف الشِّقص بالألف التي هي ثمن المثل، وللشفيع أن يأخذه بالشُّفْعة إن اختار ،ويبقى النَّصف الآخر على المشتري بلا ثمن. [6]

ووجه هذا:

أنَّ المحاباة في البيع في المرض وصيَّة، والوصيَّة تصحُّ لغير الوارث ،ولا تصحُّ للوارث،فإذا باعه بألف وهو يساوي ألفين، فقد حاباه بألف، فكأنَّه وهب منه نصف المبيع ،وباعه النَّصف بثمن المثل فصحَّت تلك المحاباة في حقِّ المشتري؛ لأنَّه أجنبيٌّ ،و لم يصحَّ في حقِّ الشَّفيع؛ لأنَّه وارث. [7]

---

(1) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٠/التهذيب ٥٤٥-٥٤٦،الروضة ٥/٨١.

(2) وقد تقدم ص٤٦٨-٤٦٩ .

(3) تقدمت ترجمته ص١٨٧.

(4) انظر/ الحاوي ٧/٢٣٨،بحر المذهب ٩/ل ٨١،البيان ٧/١٢٥،حلية العلماء٥/٢٨١ .

(5) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨١،البيان ٧/١٢٥،حلية العلماء٥/٢٨١ .

(6) انظر/ الحاوي ٧/٢٣٨،المهذب ٢/٢١٦،البيان ٧/١٢٥،حلية العلماء ٥/٢٨١.

(7) انظر/ المهذب ٢/٢١٦،بحر المذهب ٩/ل ٨١،البيان ٧/١٢٥.

والوجه الثَّاني:أنَّ البيع يصحُّ في نصف المبيع بألف ،وللشَّفيع أخذه بالشُّفْعة ،وينفسخ في النَّصف الذي حصلت المحاباة به. [1]

ووجه هذا:

أنَّه لا يمكن تصحيح البيع في الجميع بالألف ، ودفع ذلك إلى الشَّفيع ؛ لأنَّه تحصل محاباة ،والمحاباة لا تصحُّ في حقِّ الوارث ،ولا يمكن أن يدفع إليه النَّصف بالألف ويبقى النَّصف على المشتري ؛لأنَّ الشَّفيع يأخذ الشِّقص بمثل ما حصل للمشتري ،والشِّقص كلُّه حصل على المشتري بالألف، ولا يجوز أن يأخذ الشَّفيع نصفه بألف ، فلم يبق إلا أن ينفسخ البيع في نصف المبيع ،ويصحِّحه في النَّصف ،فيحصل ذلك للمشتري بألف/ ،ويأخذه الشَّفيع بذلك إن اختار. [2]

والوجه الثَّالث:أنَّ البيع يبطل [3] ؛ لأنَّه لا يمكن تصحيح البيع في الجميع وأخذ الشَّفيع له بالثَّمن ؛لأنَّ في ذلك محاباة ،ولا تصح المحاباة للوارث ، ولا يمكن أن يدفع النَّصف إلى الشَّفيع بالألف ؛ لأنَّ المشتري الكلَّ بالألف ،ولا يمكن فسخ البيع في النَّصف التي حصلت المحاباة به وإقراره بالنَّصف الآخر ؛لأنَّ البيع تعلَّق بالقدر الذي يحصل المحاباة به، كتعلقه بما لم تحصل المحاباة فيه ،وليس فسخ البيع في بعض المبيع بأولى من فسخه في غيره ،فلم يبق إلا أن يحكم ببطلان البيع، وإذا بطل البيع بطل حقُّ الشُّفْعة . [4]

والوجه الرَّابع:وهو الذي خرَّجه أصحابنا، أنَّ البيع ،يصحُّ، وليس للشَّفيع شُفعة [5]؛لأنَّا إذا جعلنا له الشُّفْعة أدَّى ذلك إلى إبطال البيع ،وإذا بطل البيع بطلت

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢١٦،الوسيط ٤/٧٩،البيان ٧/١٢٥،حلية العلماء ٥/٢٨١.

[2] انظر/ المهذب ٢/٢١٦،البيان ٧/١٢٥،فتح العزيز ٥/٥٠٣.

[3] انظر/ الحاوي ٧/٢٣٨،المهذب ٢/٢١٦،التهذيب ص٥٤٧،حلية العلماء ٥/٢٨٢.

[4] قال الشيرازي للتعليل لهذا الوجه(لأنَّ المحاباة تعلقت بالكلِّ ، فيجوز أن تعجل في نصفه) المهذب ٢/٢١٦. وانظر/التهذيب ص٥٤٧،الوسيط ٤/٧٩،البيان ٧/١٢٥،فتح العزيز ٥/٥٠٢.

[5] وهو اختيار ابن الصباغ.

الشُّفْعة ففي إثبات الشُّفْعة إبطالها ،وإبطال البيع، وكلُّ سبب إذا ثبت جــــرَّ ثبوتُــه سقوطَه وسقوط غيره وجب إسقاطه.[1]

والوجه الخامس: وهو الرَّابع من وجوه أبي العباس أنَّ البيع يصحَّ بالألف ،وللشَّــفيع أخذ الشِّقص بالألف، وهذا هو المذهب الصحيح [2] ؛لأنَّ حكم المحاباة تعلّق بمــن وقع العقد له وملك به ،وهو المشتري وهو أجنبيٌّ فصحَّت المحاباة لــه، والشَّــفيع إذا أخذ الشِّقص ،فإنَّه يأخذه من المشتري ويملكه عنه، فلا تحصـــل لــه المحابــاة مــن موِّرثه،وإنَّما يأخذ الشِّقص بسبب آخر [3] ، فصار كما لو أوصى رجــل لأجنــبي بشيء من ماله ،وكان لوارث الموصِي على الموصَى دين ،فــإنَّ الوصيَّــة تصــحُّ، ثم الوارثُ يأخذ الدَّين من ثُلُث الوصية ،وإن كان يحصل له بذلك نفع ،ولا يؤثّر ذلــك في الوصيَّة .[4]

=

انظر/ المهذب ٢/٢١٦،بحر المذهب ٩/ل ٨١،الوسيط ٧٨/٤،البيان ١٢٥/٧

(1) انظر/ المهذب ٢/٢١٦،التهذيب ص٥٤٧،البيان ١٢٦/٧.

(2) وهو الأصح عند الجمهور وهو اختيار أبي حامد ،وأبي إسحاق .

انظر/ المهذب ٢/٢١٦، التهذيب ص٥٤٧،بحر المذهب ٩/ل ٨١، الوجيز ١/ ٢١٦،البيان ١٢٥/٧،حلية العلماء٥/٢١٨،الروضة ٨٢/٥.

(3) انظر/ المهذب ٢/٢١٦،التهذيب ص٥٤٧،البيان ١٢٥/٧،الروضة ٨٢/٥.

(4) انظر/ البيان ١٢٦/٧.

فــرع

إذا باع المريض في مرضه المخوف شِقْصاً يساوي ألفين بألف ،ولا مال له سواه،وكان المشتري والشَّفيع أجنبيين فقد حابا فيه بالنِّصف، فينفذ البيع في نصفه بالألف؛لأنَّه لا محاباة فيه .[1]

وأمَّا النِّصف الآخر فقد حاباه ،والمحاباة في المرض وصيَّة تعتبر من ثلثه ،وثلثه لا يحتمل الألف كلَّها ،وإنَّما يحتمل ثلثيها فنفذ البيع في ثلثي النِّصف الباقي، وهو ثلث جميع الشِّقص[2] ؛ لأنَّها محاباة احتملها الثلث، فيضمُّ هذا الثلث إلى النِّصف الأول، وينفذ البيع فيهما، ويكون الجميع خمسة أسداس الشِّقص .[3]

والبيع في السدس موقوف على إجازة الورثة ،فإن أجازوا ذلك نفذ البيع في جميع الشِّقص ،وللشَّفيع أن يأخذه بالشُّفْعة بالألف .[4]

وإن لم يجيزوا بطل البيع في السدس /، وصحَّ في خمسة أسداس .[5]

/٦

ويقال للشَّفيع :أنت بالخيار بين أن تأخذ هذه الخمسة الأسداس بالألف ،أو تترك ،فإن أخذ جاز وليس للمشتري أن يختار الرَّدَّ وفسخ

---

[1] انظر/ التهذيب ص٥٤٥،بحر المذهب ٩/ل ٨٠.

[2] وفي صحة البيع في الشِّقص الآخر طريقان وقد تقدما في ص٤٦٨-٤٦٩.

[3] وذلك إذا قلنا بالصحة،ففيما يصح فيه البيع ؟قولان :-

أحدهما :يصحُّ في قدر الثلث ،والقدر الذي يوازي الثَّمن بجميع الثَّمن .

والثَّاني : لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من الثَّمن .

فإن قلنا بالأول صح البيع في خمسة أسداس الشِّقص بجميع الثَّمن ،وهذا الذي ذكره المصنف .

وإن قلنا بالثَّاني :دارت المسألة.

انظر/ فتح العزيز ٥/٥٠١،الروضة ٥/٨٠-٨١.

[4] انظر/ التهذيب ص٥٤٥،فتح العزيز ٥/٥٠١.

[5] انظر/ حلية العلماء٥/٢٨٠،فتح العزيز ٥/٥٠١،الروضة ٥/٨٠-٨١.

العيب [1] ، وإن لم يختر الشَّفيع الأخذ قيل للمشتري: أنت بالخيار بين أن تقرَّ البيع في الخمسة الأسداس بألف ،أو تفسخ؛لأنَّ الصَّفقة تفرَّقت عليه [2] ،والله أعلم.

---

[1] وفي قول أنَّ للمشتري الرد ،وتبطل الشُّفْعة.

وهذا الخلاف كالخلاف في الرد بالعيب.

انظر/ التهذيب ص٥٤٦،فتح العزيز ٥/٥٠١،الروضة ٥/٨١.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٨٠،التهذيب ص٥٤٥-٥٤٦.

فـــــرع

إذا كان نصف الدَّار طِلْقاً [1] ،ونصفها وقفاً، فباع صاحب الطِّلْق نصيبه ، لم يكـــن لصاحب الوقف أن يأخذ الطلق بالشُّفْعة، سواء قلنا: إنَّ ملـــك الوقـــف ينتقـــل إلى الموقوف عليه ،أو لا ينتقل [2] ؛لأنَّ الوقف لا يُستَحقُّ فيه بالشُّفْعة ،وكـــلُّ مـــا لا يُسْتَحَقَّ بالشُّفْعة لم يُسْتَحَقَّ به الشُّفْعة. [3]

---

[1] الطِّلْق :المطلق وهو الذي يتمكن صاحبه فيه من جميع التصرفات ،فيكون فِعْل ،بمعنى مفعول ،مثل الذِّبْح بمعنى مذبوح.انظر/ المصباح المنير ص١٤٣.

[2] الوقف إما: أن يكون عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين فلا شفعة فيه .

وإما أن يكون خاصاً على مالك كالوقف على رجل بعينه ،أو على جماعة بأعيانهم .

فإذا قلنا :إنَّ ملك الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه ففيه وجهان ذكرهما أبو إسحاق:

أحدهما :أنَّه يؤخذ بالشُّفْعة ؛لأنَّه يلحقه الضَّرر في ماله من جهة الشريك ،فاستحق الأخذ بالشُّفْعة.

والثَّاني :أنَّه لايستحق ،وهو الذي ذكره المصنف ،ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره،وهو المذهب .

وأمَّا القول: بعدم الانتقال للموقوف عليه ويكون ملك الرقبة لله عز وجل ،وهو الأظهر من القولين فـــلا شفعة؛لأنَّ الشُّفْعة لا تستحق إلا بالملك .

انظر/ الحاوي ٢٣٤/٧،المهذب ٢١٤/٢،التهذيب ص٥٥١،البيـــان ١٠٩/٧-١١٠،حليـــة العلمـــاء ٢٧٣/٥،فتح العزيز ٤٩١/٥-٤٩٢.

[3] انظر/ البيان ١١٠/٧،فتح العزيز ٤٩١/٥.

فـــرع

إذا كانت دار بين شريكين لكلٍّ واحد منهما نصفها ،وأحدهمـــا حـــاضر والآخـــر غائب،ونصيب الغائب في يد رجل حاضر ،فأقرَّ الذي في يده نصيب الغائب أنَّه قـــدْ ابتاع نصيب الغائب ،وصدقه الشَّفيع على ذلك ،وادَّعى أنَّه يستحق أخذه بالشُّـــفْعة، فهل يحكم له بالشُّفْعة ؟.

قال أبو العباس: [1] يحتمل ذلك قولين :- [2]

أحدهما:أنَّه لا يحكم بذلك ،ولا يصدق المشتري في الشراء [3] ؛لأنَّه أقـــرَّ بـــالملك للغائب، وادَّعى انتقاله إليه ،ومن أقرَّ لغيره بالملك لم يقبل قوله في انتقاله إليه. [4]

فعلى هذا لا يستحق الشَّفيع أخذ الشِّقص بالشُّفْعة، ولكن يبعث حاكم هـــذا البلـــد الذي به الغائب حتى يستخبر الغائب ويسأله عن ذلك، فإن أقرَّ أنَّه بـــاع حكـــم بذلك، واستحقَّ الشَّفيع الشُّفْعة، وإن أنكر فالقول قوله ولا شفعة. [5]

قال ويقال للذي في يده الشِّقص: إن كنت تعلم فيما بينك وبين الله أنَّـــك ابتعـــت الشقص فسلِّمه بالشُّفْعة، وإن كنت لم تبتع فلا تسلِّمه.

والقول الثَّاني:إنَّ إقرار المشتري بابتياع الشِّقص مقبول،وللشفيع أخذه بالشُّـــفْعة؛ [6] لأنَّ الشِّقص في يده ،وإقرار صاحب اليد مقبول فيما في يده،فإذا أقـــرَّ أنَّ الشَّـــفيع يستحقُّ أخْذه قُبل ذلك. [7]

---

[1] تقدمت ترجمته في ص١٨٧.

[2] ونقلهما الروياني والرافعي عنه وجهين .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٩،فتح العزيز ٥٢٥/٥.

[3] انظر/ المهذب ٢٢٤/٢،البيان ١٦٨/٧،فتح العزيز ٢٥٢/٥،الروضة ٩٨/٥.

[4] انظر/ البيان ١٦٨/٧،فتح العزيز ٥٢٥/٥.

[5] انظر/ فتح العزيز ٥٢٥/٥،الروضة ٩٨/٥.

[6] وهو الأصح .

انظر/ البيان ١٦٨/٧،الروضة ٩٨/٥،مغني المحتاج ٣٠٥/٢.

[7] انظر/ المهذب ٢٢٤/٢،البيان ١٦٨/٧.

فعلى هذا يحكم بأنَّ المباع قد ملك ،فيأخذ الشَّفيع منه بالشُّفْعة ،ويكون الغائب على حجَّته ،فإن قدم فأقرَّ بالبيع استقرَّ ما كنَّا حكمنا به. [1]

وإن أنكر قيل :للمشتري والشَّفيع ألكما بيّنة؟ فإن أقاما البيِّنة فشهدت بالبيع يحكم بها،وإن لم يقيما فالقول قول الغائب مع يمينه أنَّه لم يبع ،فإذا حلف كان له استرجاع الشِّقص ،وله أجرة مثله من حيث أخذه الشَّفيع ؛لأنَّه أخذه بغير حقٍّ ،وله أن يطالب بالأجرة من شاء من المشتري والشَّفيع. [2]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل١٠٩،البيان ١٦٨/٧،فتح العزيز ٥٢٥/٥،الروضة ٩٨/٥-٩٩،مغني المحتاج ٣٠٥/٢.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٠٩،البيان ١٦٨/٧.

فـــرع [1]

٦/ل/١٣ب

إذا كانت دار بين أربعة أنفس لكلّ واحد منهم ربعها ،فباع ثلاثة شركاء/أملاكهم من ثلاثة أنفس لكلّ واحد منهم ربعها بعقد مفرد في وقت واحد، فللشفيع -وهو الشريك الذي لم يبع- أن يأخذ نصيب شركائه كلّه بالشُّفْعة ؛لأنّه لا شفيع سواه ،وله أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض ؛لأنّ كلّ واحد من الأشقاص بيع بعقد مفرد فاستحق أخذه بالشُّفْعة دون غيره.

فإن أخذ الكلّ جاز.

وإن عفا عن الشُّفْعة في شقصين وأراد أخذ الثّالث ،فقال المشتريان له :نحن شركاؤك في الملك فنأخذ هذا الشِّقص معك بالشُّفْعة ،لم يكن لهما ذلك ؛لأنّهما ملكه في الحالة التي وجبت له الشُّفْعة ،والشُّفْعة إنّما تستحق بالملك السابق لحالة وجوب الشُّفْعة.

فإن كانت المسألة بحالها وباع أحد الشُّركاء نصيبه من رجل بعقد مفرد، وباع آخر نصيبه من ذلك الرجل، ثم باع ثالث نصيبه بعقد آخر ،فللشريك البائع أن يأخذ الكلّ بالشُّفْعة ؛لأنّه لا شفيع سواه ،وله أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض ؛لأنّ كلّ شقص بيع بعقد مفرد ،فإن أخذ الكلّ بعقد واحد جاز،وإن أخذ الأول وأراد أن يأخذ الثّاني كان له ولم يكن للمشتري مشاركته فيه؛ لأجل أنّه كان شريكاً حال بيع الثّاني بالشِّقص الأول ؛لأنّ ملكه الذي يستحق به الشُّفْعة قد زال بأخذ الشريك له فلم يبق له ملك يستحق به الشُّفْعة، وليس له أيضاً مشاركته بالربع الثّالث؛ لأنّ ملكه تجدد عليه بعد وجوب الشُّفْعة في الشِّقص الثّاني .

وهكذا إذا أخذ الأول والثّاني ثم أراد أخذ الثّالث كان له، وليس للمشتري مشاركته بالشِّقص الأول والثّاني ؛لما ذكرنا من أن ملكه زال عنها بأخذ الشَّفيع لهما .

فأمّا إذا أراد أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض فإنه ينظر:

---

[1] ولم أجد هذا الفرع فيما أطلعت عليه من المصادر إلا في كتاب البيان للعمراني ٧/١٦٣-١٦٤.

فإن عفا عن الأول وأراد أن يأخذ الثَّاني، قال أبو العباس [1] : لما عفا عن الربع الأول استقرَّ ملكه للمشتري ،وصار شريكاً به فيأخذان الربع [2] بينهما ،ويكون بينهما نصفين ، [3] سواء قلنا :إنَّ الشُّفْعة تُستحق على قدر الرؤوس، أو على قدر الأملاك [4] ؛لأنَّا إن قلنا :إنَّها تُستحق على عدد الرؤوس فهما اثنان وهما بينهما. وإن قلنا :إنَّها تُستحقُّ على قدر الأملاك فهما متساويان في الملك ؛لأنَّ لكلٍّ واحد منهما الربع .

قال أبو العباس :وكذلك إذا قال عفوت عن الشِّقص الأول والثَّالث، وآخذ الباقي فهو بينه وبين المشتري نصفين على القولين معا؛ لما ذكرنا من أنَّهما متساويان في العدد والملك ،ولا يستحقُّ المشتري بالرّبع الثَّالث شفعة من الثَّاني ؛ لأنَّ ملكه تجدَّد عليه بعد وجوب /الشُّفْعة في الثَّاني.

قال:فأمَّا إذا عفا عن الأول والثَّاني وأراد أن يأخذ الثَّالث فهو والمشتري شفيعان، وللمشتري نصف الدَّار ،وله ربعها ،فإن قلنا :إنَّ الشُّفْعة تُستحق على عدد الرؤوس كان المبيع بينهما نصفين،وإن قلنا :إنَّها تُستحق على قدر الأملاك كان للمشتري ثلثاه، [5]وللشَّريك الآخر ثلثه.

---

[1] تقدمت ترجمته في ص١٨٧.

[2] أي الربع الثَّاني .

[3] انظر/ البيان ٧/١٦٤.

- قال الشيخ أبو حامد :وهذا يدل على أنَّ ما حكاه أصحابنا عن أبي العباس أنَّه قال :إذا كان المشتري شريكاً لايقاسمه الشَّفيع أنَّه لا أصل له .

انظر/ المرجع السابق .

[4] وقد تقدم القولان ،وأنَّ الأظهر منهما أنه على قدر الأملاك. ص٣٣٨-٣٣٩.

[5] أي ثلثي الشِّقص الثَّالث؛لأنَّه مالك للأول والثَّاني .

فــــرع

إذا مات رجل وخلّف مالاً وحملاً ،وأوصى إلى رجلٍ بالنظر في ماله، والقيام بــالحمل ،والنظر في حقوقه ،وكان له شقص فباع شريكه حقَّه منه لم يكن للوصيِّ أن يــأخذ الشِّقص للحمل بالمبيعة [1] ؛لأنَّ الحمل غير متحقّقٍ وجوده ،فلا يعلــم استحقاقه الشُّفْعة.[2]

[1] ونقله العمراني عن أبي العباس بن سريج . البيان ١١٤/٧.
انظر/ فتح العزيز ٥٤٧/٥،الروضة ١١٤/٥،مغني المحتاج ٣٠٩/٢.

[2] المراجع السابقة.

فــرع

إذا كانت دار بين ثلاثة شركـاء: اثنان حـاضـران وآخر غـائب ، [1] فبـاع أحـد الحاضرين نصيبه كان للآخر [2] أخذ جميعه بالشُّفْعة ؛لأنه لا شفيع حـاضر سواه .

فإن أخذ الشِّقص بالشُّفْعة ثم ردَّه بالعيب و لم يرض بأخذه سقط حقُّه مـن الشُّـفْعة وصار بمترلة أن يعفو منه سهمين ويبقى مع الآخر أربعة أسهم ،فإذا قدم الشَّفيـع الآخر أخذ من القادم الأول ثلـث ما حـصل له –وهو ثلثـا سـهم- لأنَّـه يقـول :أنا أستحـق أن آخـذ منـك ما حصـل لك لو أخذت النِّصف ،فـإذا أسقطت بعض حقك ،وسمحت الشَّفيع الآخر لم يلزمني ذلك، بل أستحق أخذ ثلـث ما حصل لك فيأخذ ذلك، ثم يضمُّه إلى الأربعة الأسهم التي حصلت للشـفيع الأول فيصير الجميع أربعة أسهم وثلثين فيقتسمان ذلك، فيصيب كلَّ واحد سهمان وثلـث ويبقى مع الأول سهم وثلثه قال:لأنَّهم ثلاثة شفعاء ،كلُّ واحد منـهم يسـتحق الثلث فإذا سمح واحد منهم وترك بعض حقَّه وأخذ البعض فما بقي بعد ذلك يكـون بين الآخرين نصفين،قال أبو العباس [3] فيضرب المسألة في ثلاثة ليصـح الكسـر ،فيكون ثمانية عشر كلٌّ من له شيء من ستة مضروب له في ثلاثـة، فللقـادم الأول سهم وثلث في ثلاثة يكون أربعة ،وللقادم الثَّاني سهمان وثلث في ثلاثة يكون سـبعة، وللشَّفيع الأول مثل ذلك.

فإن كانت المسألة بحالها وكان هناك شفيع رابع غائب فقدم فإنه يأخذ من الأول ربـع ما حصل له وهو سهم ثم يضمه إلى ما حصل للآخرين وهو أربعة عشـر/ فيصـير

٦

---

[1] كأن المسألة في دار بين أربعة اثنان حاضران وآخران،فتكون كلمة (شركاء)بمعنى شفعاء غائبان ،كمـا يدل عليه السياق،وكما سيأتي صريحاً في كلامه.

[2] وهو الحاضر.

[3] تقدمت ترجمته في ص١٨٧.

خمسة عشر ثم يقسم ذلك بينهم أثلاثاً فيصيب كلٌ واحد منهم خمسة أسهم عن الشُّفْعة.

ولو عفا ثم قدم الآخر كان له أخذ جميع الشِّقص فكذلك هاهنا [1] .

---

[1] ولم أجد هذا الفرع فيما أطلعت عليه من المصادر .

فـــــرع

إذا كانت دار بين أربعة شركاء اثنان حاضران ،واثنان غائبان فباع أحد الحـــــاضرين نصيبه فلشريكه الآخر أن يأخذ جميع ذلك بالشُّفْعة [(١)] ؛لأنَّه لا شفيع يطالب سواه.

فإذا أخذ ذلك ثم قدم أحد الغائبين.

قال أبو العباس [(٢)] :يأخذ من الشَّفيع الأول نصف الشِّقص [(٣)] ؛ لأنَّه صار هـــــو والأول شفيعين، وهما متساويان في الملك ،فيكون الشِّقص بينهما نصفين.

قال [(٤)] :وإن قدم الثَّالث صاروا ثلاثة شفعاء فيحتاج أن يكون الشِّقص بينهم أثلاثـــاً ،فيأخذ من كلٍّ واحد منهما ثلث ما حصل له، فيحصل معه ثلـــــث الشِّــــقص [(٥)] ويبقى مع كلٍّ واحد ثلاثة ،فتكون المسألة من ستة يأخذ كلٌّ واحد ثلاثة أسهم، فلمَّا قدم الثَّالث، وأخذ من أحدهما سهماً ومن الآخر سهماً يحصل معه سهمان، وبقي مــع كلٍّ واحد منهما سهمان.

قال أبو العباس :فإن كانت المسألة بحالها فقدم أحد الشَّفيعين الغائبين وقال لســـــت أختار أن آخذ نصف ما أخذه الحاضر، بل آخذ ثلثه، وهو القدر الذي كنت آخـــــذه لو كنَّا ثلاثتنا حضوراً ورضي الشَّفيع بأن يدفع إليه الثُّلث كان له ذلك [(٦)] ؛لأنَّ من

---

(١) انظر/ المهذب ٢/ ٢٢٠،حلية العلماء ٥/ ٢٩٢،البيان٧/ ١٤٥،الروضة ٥/ ١٠٣.

(٢) تقدمت ترجمته في ص١٨٧.

(٣) انظر/ الحاوي ٧/ ٢٦٢،البيان ٧/ ١٤٥فتح العزيز ٥/ ٥٣٤،،الروضة ٥/ ١٠٣.

(٤) أي أبا العباس.

(٥) انظر/بحر المذهب ٩/ل ٨٢،البيان ٧/ ١٤٥، فتح العزيز ٥/ ٥٣٤،الروضة ٥/ ١٠٣.

(٦) إن أمتنع الشَّفيع الأول وقال إما أن تأخذ النَّصف أو تعفو.

ففيه وجهان :

أحدهما :أن القول قول الأول ويمنع الثَّاني مما سأل، ويقال له : إما أن تأخذ النَّصف أو تعفو كما يمنع الأول مع المشتري من ذلك .

والثَّاني : أن القول قول الثَّاني ،وله أن يقتصر على الثلث ويجبر الأول عليه بخلاف الأول مع المشـــتري ،لأنَّ للمشتري صفقة يمنع من تفريقها عليه ،وليس للأول صفقة تفرق عليه .وهو الأصح .

استحقَّ شفعة في النِّصف كان له أن يأخذ الثلث؛ لأنَّه ترك بعض حقِّه فيأخذ ويبقى على الآخر ثلاثة أسهم.

قال [1] :فإن كانت المسألة بحالها وقدم الرابع و لم يجد غير الشَّفيع الذي حصل له أربعة أسهم ،**فيحتمل وجهين:**

أحدهما: أنَّه يأخذ منه نصف ما حصل له؛ لأنَّه يقول لست أجد شفيعاً سواك فأنت وأنا شفيعان وما حصل لك بيننا نصفين.

والثَّاني: أنَّه يأخذ ربع ما حصل له ؛لأنَّهم أربعة شفعاء ،فيستحق أن يأخذ من كلِّ شفيع ربع ما حصل له [2] ،والله أعلم.

=

انظر/ الحاوي ٢٦٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ٨٢، التهذيب ص٥٤٠،فتح العزيز ٥٣٤/٥-٥٣٥،الروضة ١٠٤/٥،فتح المنان ص٢٩٥.

[1] أي أبا العباس.

انظر/ البيان ١٤٨/٧.

[2] انظر/ المرجع السابق.

فـــــرع

إذا دفع رجل إلى رجلٍ مالاً قراضاً ،فاشترى المقارض بمال القراض ربع دار ،وكـــان يملك ربع الدَّار إرثاً عن أبيه ،ولرب الدَّار في الدَّار الربع أيضاً بإرثه عن أبيه ،وعفـــا عن شفعة الربع الذي اشتراه بمال القراض فحصل لرب المال ربع الدَّار بإرثه/ عن أبيـه ،والربع مشترك في مال القراض، ثم إنَّ العامل اشترى الربع الباقي من الـــدَّار بمـــال القراض ،فطالب هو ورب المال بأخذه بالشُّفْعة .

قال أبو العباس [1] :يكون هذا الربع بين رب المال ،وبين العامل، ومـــال القـــراض أثلاثاً [2] ، فيأخذ رب المال ثلثه؛لأنَّه يملك ربع الدَّار ،ويأخذ العامل ثلثه؛ لأنَّه يملـك ربع الدَّار ،ويؤخذ ثلثه بالشُّفْعة بمال القراض؛ لأنَّ لمال القـــراض شـــركه في الـــدَّار ،فاستحقَّ أن يؤخذ له بالشُّفْعة .

---

[1] هو ابن سريج وتقدمت ترجمته في ص١٨٧.

[2] لو اشترى بمال القراض شقصاً من شريك رب المال فهل له شفعة وجهان :

أحدهما :له ذلك ؛لأنَّ مال المضاربة كالمنفرد عن ملكه ،لتعلق حق الغير به ، وهو العامل .

والثَّاني : ليس له ذلك ؛لأنَّه لا يجوز أنَّ يتملك ملكه ،وهو الأصح.

--وأما إذا اشترى العامل في القراض شقصاً من دار ،وللعامل فيه شفعة-

فإن كان في المال ربح ،وقلنا يملكه بالظهور ،ففيه الوجهان السابقان في رب المال .

وإن لم يكن في المال ربح ،أو كان فيه ربح وقلنا :لا يملكه بالظهور ،فلا شفعة ،وجهاً واحداً .

قال العمراني (والذي يقتضي المذهب :أنَّه إذا لم يكن فيه ربح ،أو كان فيه ،وقلنا :يملكه بالظهور ،أنَّ لـــه أخذه بالشُّفْعة ،وجهاً واحداً). البيان ١١٧/٧.

انظر/حلية العلماء ٢٧٥/٥، فتح العزيز ٥٤٥/٥؛الروضة ١١٢/٥،مغني المحتاج ٣٠٩/٢.

فـــرع

إذا كانت دار بين ثلاثة شركاء نصفها لأخوين والنَّصف الآخر لأجنـــبي فبـــاع الأجنبي نصيبه من أجنبي، فطالب الأخوان بالشُّفْعة، فقال المشتري :إنَّما اشـتريت لأحد الأخوين ،وصدَّقه المقرُّ له على ذلك ،وكذبه أخوه، وقال: بـــل اشـتريته لنفسك.

قال أبو العباس [1] : يأخذ الأخوان النَّصف المبيع بالشُّفْعة بينهما نصفـــين ،ولا يُعد هذا الاختلاف شيئاً ؛لأنَّه إن بيع من الأجنبي فـــالأخوان شـــفيعان فيكـــون بينهما ،وإن كان اشتراه الأجنبي للأخ فالأخ مشتر وشفيع فله الشُّفْعة وأخوه لـــه الشُّفْعة أيضاً ،فيكون ذلك بينهما بكلِّ حال، وصرَّح أبو العبـــاس هاهنـــا بـــأنَّ الشَّفيع يكون له الشُّفْعة إذا كان مشتر ياً.

قال أبو العباس :فإن قال الأخ المكذِّب حلِّفوا أخي أنَّ الشِّـــقص اشـترى لي لم يحلف ؛لأنَّه لا فائدة في استحلافه على ما بيَّنَّاه بأنَّ الحكم لا يختلف، بأن يكـــون الأجنبي اشتراه لنفسه أو للأخ.

فإن قال المشتري: اشتريت هذا الشِّقص من رجل لا يملكه فصدَّقه أحد الأخويـــن وكذبه الآخر ،فإنَّ المصدِّق لا شفعة له؛ لأنَّه إذا أقرَّ أنَّه اشتراه ممن لا يملكه فـــهو يقول :ما ملكت أنت بالشراء فلا يستحق الشُّفْعة على ما لم يملـــك، ويســـتحق المكذِّب أخذ الشِّقص كلَّه ؛لأنَّ الآخر قد أسقط حقَّه من الشُّفْعة، فلم يبق شـفيع سواه، فإن قال الأجنبي :ملكت هذا الشِّقص بهبة، فصدقه أحدهما وكذَّبه الآخـــر، وقال :بل ملكته بابتياع.

فالمصدق قد بطلت شفعته؛ لأنَّه أقر أنَّه ملك الشِّقص بهبة ،والهبة لا شفعة فيـــها؛ وأمَّا المكذب فهو يدَّعي على الأجنبي أنَّه ملك الشِّقص بابتياع ،وأنَّـــه يســـتحق

---

[1] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

١/٦

الشُّفْعة عليه فيه ،والأجنبي ينكر ذلك ،فإن أقام المدعي البيِّنة /على أنَّه ملك ذلــك بابتياع استحقَّ عنه الشُّفْعة ،وإن لم تقم البيِّنة فالقول قول الأجنبي مع يمينــــه، ولا يستحقُّ عليه الشُّفْعة.[1]

[1] ولم أجد هذا الفرع فيما أطلعت عليه من المصادر.

فـــصل

في بيان الوجوه التي تسقط بها الشُّفْعة. [1]

تسقط الشُّفْعة بوجوه منها:

أن يبيع شِقْصاً يساوي مائة بألف درهم ،ويأخذ منه عوض الألف عرضـــاً يســـاوي مائة، فإذا جاء الشَّفيع احتاج أن يأخذ الشِّقص بالألف ؛لأنَّ المشتري ملكـــه بـــألف ،فلا يرضى أن يأخذ ما يساوي مائة بألف فيترك الشُّفْعة. [2]

وذكر ابن سريج [3] مسألة في هذا المعنى ،وهو أن يبيعه جارية تساوي مائة بـــألف درهم ،ثم يأخذ منه بالألف شقصاً يساوي مائة ،فالشُّفْعة تحتاج أن يأخذ الشِّـــقص بالألف ؛لأنَّ المشتري ملكه بذلك القدر فلا يأخذ ويترك الشُّفْعة . [4]

إلا أنَّ في المسألة الأولى يكون الغرر على المشتري؛ لأنَّه يشتري ما يساوي مائة بألف، فربما لم يرض البائع أن يأخذ منه العرض عوضاً عن الألف ،فيلزمه الألف كلُّها.

---

[1] والمراد بهذا الفصل الحيل التي يمكن إسقاط حق الشُّفْعة بها .

-والأصح عند الشَّافعيّة كراهية هذه الحيل ،وهو قول ابن سريج ،والشيخ أبي حامد ،أما الحيل في دفع شفعة الجار فلا كراهية فيها مطلقاً ؛وذلك لأنَّ الشَّافعيّة لايثبتون الشُّفْعة بالجوار كما تقـــدم في ص ٢٨١-٢٨٢.

انظر/ فتح العزيز ٥/٥٤٥،الروضة ٥/١١٦،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشـــريعة ٢/٦٠،مغـــني المحتاج ٢/٣٠٢،نهاية المحتاج ٥/٢٠٧.

- والصحيح كراهية الحيل المحرمة مطلقاً قال ابن القيم (وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة ،فإن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكلِّ ممكن ،والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة ،فأين من يمنع من الجـــائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه)إعلام الموقعين ٣/٢٢٦

[2] انظر/ البيان ٧/١٧٧،فتح العزيز ٥/٥٤٤،الروضة ٥/١١٥،مغني المحتاج ٢/٣٠٢،الإقنـــاع للشـــربيني ٢/٢٣٨.

[3] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[4] انظر/ فتح العزيز ٥/٥٤٤،الروضة ٥/١١٥.

وفي مسألة ابن سريج الغرر على البائع للشقص [1] ؛ لأنَّه يبتاع أولاً الجارية بـــألف ويلزمه ذلك فربما لم يجبر [2] صاحب الجارية بألف أن يأخذ منه الشِّـــقص بـــألف فتبقى عليه الجارية بألف وهي تساوي مائة.

ووجه آخر: أنَّه يبتاع شِقْصاً يساوي مائة بألف، ثم يبرئ البائع المشتري عن تسعمائة ،ويقبض منه مائة ، فالشَّفيع يأخذ بالألف [3] ؛ لأنَّ المشتري بذلك ملك،والإبراء لا يتعلَّق به حقُّ الشَّفيع فيترك الشَّفيع الشُّفْعة . [4]

ووجه آخر: وهو أن يكون الشِّقص يساوي ألفاً فيبيع منه نصفه بألف ويهب منـــه النصف ويكتب في الكتاب أنَّه باع منه نصفه بألف درهم ،ووهب منه نصفـــه فـــلا يستحق الشَّفيع أخذ النَّصف الموهوب، وإنَّما يأخذ النَّصف المبيع ،ويحتاج أن يـــأخذه بألف فلا يرضى بذلك ،ويترك الشُّفْعة . [5]

ووجه آخر: وهو أن يهب الشِّقص منه، ويهب له الآخر الثَّمن، فلا يستحق في ذلـــك شفعة [6] ؛لأنَّ ملك الشِّقص انتقل بالهبة ،والغرر هاهنا على الذي يبـــذل بالهبـــة ؛لأنَّ الآخر ربما لم يهب. [7]

---

[1] البيان ٧/١٧٧،فتح العزيز ٥/٥٤٤.

[2] كذا في المخطوط ولعل الصواب (لم يرض)كما يدل عليه السياق.

[3] انظر/ البيان ٧/١٧٨،فتح العزيز ٥/٥٤٤،الروضة ٥/١١٥.

[4] وذلك إذا كان الإبراء بعد استقرار العقد وثبوته، أمَّا إذا أسقط البائع بعض الثَّمن عن المشـــتري قبـــل استقرار العقد ثبت في حق الشَّفيع وقد تقدم ذلك في ص٢٩٦ .

[5] انظر/ البيان ٧/١٧٨،الروضة ٥/١١٦

[6] المرجعين السابقين .

[7] قال النووي بعد ذكره هذا الوجه .(قال الشيخ :أبو حامد هذا لا غرر فيه ،لأنَّه يمكنه أن يحترز من أن لا يفي صاحبه ،بأنْ يهبه ويجعله في يد أمين ،ليُقبِضه إياه ،ويهبه صاحبه قدر قيمته ،ويجعله في يد أمـــين ليقبضه إياه ،ثم يتقاباضا في حالة واحدة) الروضة ٥/١١٦.

ووجه آخر: وهو أن يشتري الشّقص منه بثمن جزاف مشاهد ،إلا أنّه لا يعلم قــدره فالبيع يصح ،فإذا طالب الشَّفيع ادّعى المشتري أنّه لا يعلم/ مبلغ الثّمن، والقول قولـه ،فإذا حلف لم يستحق الشُّفْعة ؛[1] لأنَّ الثَّمن الذي يأخذ به الشُّفْعة غير معلوم.

[١٦/١/٦أ]

آخر كتاب الشُّفْعة ، والله أعلم بالصواب.

[1] انظر/ البيان ١٧٨/٧،مغني المحتاج ٣٠٢/٢،نهاية المحتاج ٢٠٧/٥.

كتاب القراض [1]

القراض والمضاربة: اسمان لشيء واحد وهو أن يدفع رجل إلى رجل [2] مالاً ليتّجر فيه [3] له [4] ،فما قسم الله من ربح كان بينهما على ما يشترطانه . [5]

فسمّي قراضاً اشتقاقاً من المقارضة : [6] وهي المساواة،ومنه تقارض الشاعران ،إذا ساوى كلُّ واحد منهما صاحبه فيما ينشده من الشعر، فكذلك هاهنا قد تساويا فيه؛ إذ كان من أحدهما المال ومن الآخر العمل. [7]

---

[1] وفي المختصر المطبوع (مختصر القراض إملاء وما دخل في ذلك من كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى.
قال الشافعي رحمه الله تعالى: وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه صيّر ربح ابنيه في المال الذي تسلفا بالعراق فربحا فيه بالمدينة فجعله قراضاً، عندما قال له رجل من أصحابه: لو جعلته قراضاً ففعل ، وأن عمر رضي الله عنه دفع مالاً قراضاً على النّصف)ص١٣٣.

[2] في ب (آخر).

[3] في ب (به).

[4] له :ساقطة من نسخة ب.

[5] وهذا تعريف القراض عند الشّافعيّة .
انظر/ البيان ١٨١/٧،الروضة ١١٧/٥.
-وعرّفه الحنفية :بأنّه عقد على شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر .
انظر/ الكتاب وشرحه اللباب ١٣١/٢.
وعرّفه المالكية : بأنّه توكيل على تجرٍ في نقدٍ مضروب مُسَلّم ،بجزءٍ من ربحه ،إن علم قدرهما .
انظر/ حاشية الدسوقي ٢٨٠/٥-٢٨١.
وعرّفه الحنابلة : بأنّه دفع نقد مضروب خال من الغش الكثير -وما في معناه -معيّن معلوم قدره، إلى من يتّجر فيه بجزء معلوم من ربحه .
انظر/ كشاف القناع عن متن الإقناع ٥٠٧/٣.

[6] ومن هنا شرع المصنف في بيان معنى القراض والمضاربة في اللغة.

[7] وأصل القَرْضِ :القاف والراء والضاد أصل صحيح يدل على القَطْع، و المِقْراضُ من هذا أُخِذ. أصلها من القَرْضِ في الأرض وهو قَطْعُها بالسير فيها. ويقال للرجلين: هما يَتقارَضانِ الثناءَ في الخير والشر أي يَتجازَيان.
=

وتسمَّى مضاربة [1] ؛ لأجل أنَّ كلَّ واحد منهما [2] يضرب بسهم في الرِّبح، فلمَّا حصل لكلِّ واحد منهما الضرب فيه [3] قيل: مضارب [4] ،كما يقال مقاتلة ومشاتمة .

والمضارِبُ- بكسر الراء- ،العامل سمِّي مضارِباً ؛لأنَّه يضرب في المال ،بمعنى أنَّه يضطرب فيه ويتصرَّف ويتَّجر .

إذا ثبت هذا فالدليل على جوازه الكتاب والإجماع والاعتبار.

فالكتاب: قوله تعالى : ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [5]

والإجماع: [6] ما روى مالك عن زيد بن أسلم [7] أنَّ عبد الله ،وعبيد الله ابني عمر [1] بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في الجيش إلى العراق، فتسلَّفا من أبي

=

انظر/لسان العرب ٧/٢١٧-٢١٨،الصحاح ٣/١١٠١،معجم مقاييس اللغة ٥/٧١،حلية الفقهاء لابن فارس ص١٤٧.

(١) المضاربة :مأخوذ من الضَّرْب في الأرض لطلب الرزق. ويقال للعامل: ضَارِبٌ، لأنّه هو الذي يَضْرِبُ في الأرضِ ويجوز أن يكون كلُّ واحد من رب المال ومن العامل يسمّى مُضارِباً، لأنَّ كل واحد منهما يُضارِبُ صاحِبَه، وكذلك المُقارِضُ. وقال النَّضْرُ: المُضارِبُ صاحبُ المال والذي يأْخذ المالَ؛ كلاهما مُضارِبٌ: هذا يُضارِبُه وذلك يُضارِبُه. لسان العرب١/٥٤٤.

(٢) منهما:ساقط من ب.

(٣) فيه: ساقط من ب.

(٤) انظر/لسان العرب ١/٥٤٥.

(٥) سورة المزمل آية رقم (٢٠)

(٦) ونقل الإجماع على مشروعيته ابن المنذر ،وابن حزم ،وابن عبد البر .

انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/٩٧،مراتب الإجماع ص٩١، والاستذكار ٢١/١١٩.

(٧) هو زيد بن أسلم العدوي العمري المدني ،مولى عمر بن الخطاب ،كنيته أبو أسامة وقيل أبو عبد الله يروي عن ابن عمر، وسلمة بن الأكوع ،وجابر بن عبد الله ،وروى عنه مالك وهاشم ،والسفيانان ذكره ابن حبان في الثقات ،توفي في العشر الأول من ذي الحجة من سنة ١٣٦ .

انظر/ التأريخ الكبير ٣/٣٧٨،الثقات ٤/٢٤٦،تذكرة الحفاظ ١/١٣٢، سير أعلام النبلاء ٥/٣١٦.

موسى الأشعري رضي الله عنه [2] مالاً فاشتريا به متاعاً ،وقدما به المدينة وربحا فيه ،فأراد عمر رضي الله عنه أنَّ يأخذ رأس المال والرِّبح معاً،فقال رجل [3] :يا أمير المؤمنين لو جعلته قِراضاً .

فقال :قد جعلته ،فأخذ رأس المال ونصف الرِّبح ،ودفع إليهما نصف الرِّبح. [4]

فوجه الدليل:-

أنَّ الرجل قال : اجعله قِراضاً،فلولا أنَّه [قد] [5] عرفه وخبره لم يقل ذلك ،وعمر رضي الله عنه أجابه إليه و لم ينكره؛ فدلَّ على أنَّه كان معروفاً في الصحابة. [6]

فإن قيل:كيف يصح الاستدلال بالقرض في هذا الخبر [7] على جواز القراض؟.

---

(1) هو عبيد الله بن عمر بن الخطاب القرشي ،أمه أم كلثوم الخزاعية ، ولد في عهد النبي ﷺ فقد ثبت أنَّه غزا في خلافة ،أبيه سمع القاسم، ونافع ،ولا خلاف أنه قتل بصفين مع معاوية ،واختلف في قاتله، وكان قتله في سنة ٣٦.

انظر/ التأريخ الكبير ٣٩٥/٥،الإصابة ٥٤/٥.

(2) أبو موسى الأشعري :هو عبدالله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب التميمي الأشعري صحابي جليل ،قدم ليالي فتح خيبر وغزا وجاهد مع رسول الله ﷺ ،حدث عنه ، بريدة بن الحصين ، وأبو أمامة الباهلي ،وأبو سعيد الخدري ،وخلق سواهم ،ولي أمارة الكوفة والبصرة توفي سنة ٤٢.

انظر/ التأريخ الكبير ٢٢/٥، الكنى والأسماء ٧٦٥/١،سير أعلام النبلاء ٣٨٠/٢-٤٠٠.

(3) هو عبد الرحمن بن عوف . فتح العزيز ٥/٦.

(4) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب القراض، باب ما جاء في القراض ٦٨٧/٢-٦٨٨،والشَّافعيّ في مسنده ص٢٥٢،والبيهقي في السنن الكبرى ،كتاب القراض ١١٠/٦-١١١،وفي معرفة السنن والآثار في باب القراض ٣٢٢/٨،والدار قطني ٦٣/٣.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (وإسناده صحيح)١٢٧/٣، الإصابة ٥٣/٥.

قال الألباني في الإرواء (وهو على شرط الشيخين)٢٩١/٥.

(5) [قد] زيادة من ب.

(6) انظر/ البيان ١٨٣/٧.

(7) وذلك أنَّه ورد في الخبر أنَّهما تسلفا من أبي موسى الأشعري ،فدلَّ على أنَّهما أخذا المال على سبيل القرض ،لا على سبيل القراض .

قلنا: لم نستدل بفعل أبي / موسى[1] رضي الله عنه ، وإنَّما استدللنا بقول الرجل ،وإجابة عمر رضي الله عنه إليه.

٦/ل/١٧ب

قالوا: فإذا كان أبو موسى رضي الله عنه أقرضهما المال فقد ثبت /ملكهما عليه ،والرِّبح كان لهما فَلِمَ فعل عمر ما فعل ؟وكيف ساغ ذلك؟.

فالجواب من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنَّ القرض كان صحيحاً؛لأنّ الطريق كان مخوفاً فرأى أبو موسى رضي الله عنه أنَّ المصلحة إقراضهما إيَّاه؛ ليأمن عليه غرر الطريق من البصرة إلى المدينة؛لأنَّه كان عامل عمر رضي الله عنه على البصرة ،[2] فثبت أنَّ المال لهما والرِّبح أيضاً لهما، غير أنَّ عمر لما رأى كثرة ربحهما أحبَّ أن يوفِّر حظَّ بيت مال المسلمين، فاسترلهما عن الشطر، واستطاب نفوسهما عنه ،فطابت نفوسهما بذلك.[3]

والجواب الثّاني: أنَّ الطريق كان آمناً ،والقرض فاسداً؛لأنَّ أبا موسى رضي الله عنه تعدَّى بإقراضهما المال، وكان ضمانه عليهما ،والرِّبح[4] لهما، فاستطاب نفوسهما،ويدلُّ على أنَّ القرض كان فاسداً قول عمر رضي الله عنه: (كأنِّي بأبي موسى يقول:ابنا أمير المؤمنين) يعني أنَّه[5] حاباهما في إقراضهما.[6]

والجواب الثالث: أنَّ أبا موسى كان أقرضهما قرضاً صحيحاً ،ثم قارضهما عليه قراضاً فاسداً ،فكان المال على ملك المسلمين ،وإذا كان العقد فاسداً كان للعامل

---

[1] قوله (موسى)بداية ٨/ل/٢ ب من ب.

[2] كما تقدم في ترجمته ص٤٩٣.

[3] وهذا أظهر ما ذكره الأصحاب ،وبه قال ابن سريج .

انظر/ الحاوي ٣٠٦/٧، بحر المذهب ٩/ل ١١٤،البيان ١٨٤/٧،فتح العزيز ٥/٦.

[4] في ب (فالربح).

[5] أنَّه :ساقطة من نسخة ب.

[6] وهذا اختيار أبي إسحاق المروزي .

انظر/ الحاوي ٣٠٦/٧، بحر المذهب ٩/ل ١١٤،البيان ١٨٤/٧.

أجرة مثله، فلما كان لهما أجرة مثلـــهما فيمـــا عمـــلا ،وافـــق ذلـــك القـــدر نصف الرِّبح [1] .

ويدلُّ عليه أيضاً: ما روى مالك عن العلاء بن عبد الرحمن [2] عن أبيه [3] عـــن جده [4] قال :ذكرت لعثمان رضي الله عنه رُخْصَ سِلْعة في السوق، فأعطاني مـــالاً ،وقال: ((ابتعها)) فابتعتها، ثم بعتها ،فربحت ربحاً حسناً فأتيت [5] بالرِّبح علـــى حده ،ورأس المال على حده، ثم ذكرت له رُخْصَ سِلْعة أخرى ،فقال: ((ابتعـــها))

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٤،البيان ٧/١٨٤.

- وذكر الماوردي في الحاوي وجهاً آخر :وهو أنَّ عمر ﷺ أجرى عليهما في الربح حكم القراض الصحيح ،وإن لم يتقدم معهما عقد ؛لأنّه كان من الأمور العامة فاتسع حكمه عن العقود الخاصة ،فلما رأى المال لغيرهما ،والعمل منهما، و لم يرهما متعدَّيين فيه جعل ذلك عقد قراض صحيح ،وهذا ذكره أبو على بـــن أبي هريرة. ٧/٣٠٦-٣٠٧.

[2] هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب المديني أبو شبل مولى حُرَقَة، وحُرَقَة من جهينة سمع عبد الله بـــن عمر ،وأنس بن مالك رضي الله عنهم ،وأباه ،وروى عنه مالك وشعبة ،وعبيد الله بن عمـــــر ،وبـــن عجلان ،ذكره العجلوني في الثقات ،وابن حبان ،وقال الذهبي :صدوق مشهور .

انظر/ التأريخ الكبير ٦/٥٠٨ ،معرفة الثقات ٢/١٤٩،المقتنى في سرد الكنى١/٣٠٢،الثقات ٥/٢٤٧،ميزان الاعتدال ٥/١٢٥-١٢٦.

[3] هو عبد الرحمن بن يعقوب مولي جهينة تابعي مديني ،سمع أبا سعيد ،وأبا هريرة رضي الله عنهما ، وأبيه ،وروى عنه ابنه العلاء ،ومحمد بن إبراهيم التيمي ،وهو ثقة من الثالثة.

انظر/ التأريخ الكبير ٥/٣٦٦، الجرح والتعديل ٥/٣٠١،الثقات ٥/١٠٨،تقريب التهذيب ص٣٥٣.

[4] هو يعقوب بن أبي يعقوب الأنصري المديني تابعي ، روى عن أبي هريرة ، وأم المنذر بنت قيس ، وعنه أبو أيوب بن عبد الرحمن الأنصاري ،وعثمان بن عبد الرحمن ،وعثمان بن التيمي ،قال أبـــو حـــاتم صدوق ،روى له أبو داود والترمذي ،وابن ماجة .

انظر/ التأريخ الكبير ٨/٣٩١،تهذيب التهذيب ١/٣٥٠،تهذيب الكمال ٣٢/٣٧٥.

[5] في ب (فأتيته).

فقلت: إني ذو عَيْلَة ،[1] وذو صنعة ،ولا أقدر أن أصنع لك فقال: ((اجعلها قراضاً)).[2]

وروي أنَّ ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالاً قراضاً.[3]

وأمَّا الاعتبار :فهو أنَّ الدراهم والدَّنانير لا تجوز إجارهما [4] ؛لأنَّهما لا يمكن الانتفاع/ بهما [5] مع بقاء العين، فلذلك جوَّزنا المضاربة عليهما ؛ألا ترى: أنَّ الشجر لَّما لم يجز إجارها أجيزت المساقاة عليها ،[6] وبعكسها الأرض لَّما جازت إجارها لم تجز المخابرة [7] عليها ،كذلك الدَّراهم والدَّنانير لَّما لم يجز الانتفاع بهما بالإجارة جاز فيهما القراض.

---

[1] العَيْلَة :بالفتح الفقر ،وهو مصدر عال يعيل من باب سار ،فهو عائل ،والجمع عالَة،وهو على تقدير فَعَلة ،مثل كافرة ،وكفرة .المصباح المنير ص١٦٥.وانظر/ القاموس المحيط ص٩٣٤.

[2] أخرجه مالك في الموطأ كتاب القراض باب ما جاء في القراض ٦٨٨/٢،البيهقي في السنن في كتاب القراض ١١١/٦،وابن سعد في الطبقات ٦٠/٣.

قال ابن كثير في إرشاد الفقيه صحيح ٧٤/٢ .

وقال الألباني في الإرواء (ورجاله ثقات رجال مسلم ،غير جد عبد الرحمن بن العلاء....قال الحافظ: مقبول)٢٩٢/٥.

[3] أخرجه الشَّافعيّ في كتاب اختلاف العراقيين عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عنه أنه(أعطى زيد بن خليدة مالاً قراضاً) ١٧٥/٧،والبيهقي في معرفة السنن والآثار كتاب الصلح ،باب القراض ،٣٢٣/٨.

قال الألباني في الإرواء(وهذا إسناد متصل ،ضعيف) ٢٩٣/٥.

[4] وسيأتي في كتاب الإجارة ذكر الخلاف في جواز إجارهما ص٩٣٩ .

[5] (بهما) بداية ٨/ل ٣ أ من نسخة ب .

[6] انظر/ الحاوي ٣٠٧/٧، الوسيط ١٠٥/٤،فتح العزيز ٥/٦.

[7] وسيأتي بيان حكم المخابرة في كتاب المساقاة ص٦٤٤.

[٧١] مسألة

قال الشَّافعيّ رحمه الله : ((وَلا يَجُوْزُ الْقِرَاضُ إِلا بِالْدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ [١])).

وهذا كما قال.

القراض لا يجوز إلا بالدَّراهم ،والدَّنانير [٢] التي هي أثمان الأشياء/ وقيم المتلفات،[٣]وبه قال مالك [٤] وأبو حنيفة. [٥]

٦/

وقال الأوزاعي [٦] وابن أبي ليلى [٧] :يجوز القراض بسائر العروض ،فإن كان بمالَه مِثْلٌ -كالحبوب والأدهان -رجع ربُّ المال حين المفاصلة إلى مثله ،ويكون الرِّبح بينهما على ما يشترطانه،وإن لم يكن له مثل- كالحيوان والثياب -فرأس المال قيمة ذلك.

واحتجَّ من نصرهما: بأنَّ ما جاز أن يكون ثمناً لشيء جاز أن يكون رأس مال في القراض كالأثمان. [٨]

ودليلنا:

---

[١] في المختصر المطبوع (في الدنانير والدراهم)ص١٣٣ وتمام المسألة (التي هي أثمان للأشياء وقيمها).

[٢] ونقل الإجماع على جوازها بالدراهم والدنانير ابن المنذر ،وابن حزم .

انظر/ الإشراف لابن المنذر ٩٧/١،مراتب الإجماع ص٩٢.

[٣] وهو الصواب المقطوع به في المذهب ،وذكر الفوراني في جواز القراض على ذوات المثل وجهين.انظر/ الإبانة ل رقم (١٦٣) ،قال النووي (وهو شاذ منكر) الروضة ١١٧/٥.

وانظر/ الإشراف لابن المنذر ٩٧/١،التلخيص ص٤٠٩،الحاوي ٣٠٧/٧.

[٤] انظر/ التفريع لابن جلاب ١٩٤/٢، عقد الجواهر الثمينة ٧٩١/٢،شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٠٣/٦.

[٥] انظر/ المبسوط ٢١/٢٢، مختصر اختلاف العلماء ٣٧/٤،تبين الحقائق ٥١٦/٥.

[٦] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

و انظر/ قوله في الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٥/٢،الحاوي ٣٠٧/٧،البيان ١٧٥/٧.

[٧] تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

و انظر/ قوله في المراجع السابقة والاستذكار ١٣٦/٢١.

[٨] انظر/ الحاوي ٣٠٧/٧.

أنَّ موضوع القراض على أن ينفرد ربُّ المال برأس ماله ،ولا [1] يأخذ العامل شيئاً منه ،وما رزق الله من فضل كان بينهما ،والقراض بالعروض يفضي إلى أن يشارك ربُّ المال العاملُ في بعض رأس المال ،وإلى أن ينفرد ربُّ المال بجميع الرِّبح وكلاهما غير جائز. [2]

وبيان ذلك هو أنَّهما إذا عقدا قراضاً بعرض فذلك العرض يجوز أن تكون قيمته مائة فيبيعه العامل بمائة ويتَّجر فيها ويربح حتى يبلغ ألف [3] درهم ،وتزيد قيمة العوض ،فإذا تفاضلا وجب لربِّ المال أن يرجع إلى مثل عرضه ،فيحتاج العامل أن يبتاع مثله بألف درهم؛ لأنَّ قيمته قد زادت ،ويدفعه إلى ربِّ المال، ولا يبقى في يده من الرِّبح شيء فينفرد ربُّ المال بالكلِّ .

وهكذا لو كانت قيمة العرض حال العقد ألفاً، وباعه العامل بألف، واتَّجر فيها، ونقصت قيمة العرض وقت المفاصلة حتى صارت مائة ،فعلى العامل أن يردَّ مثله فيشتريه بمائة ويدفعه إلى ربِّ المال ،ويبقى في يده من ثمن العين/الأوله [4] ، تسعمائة ،فيأخذ نصفها، فيكون قد شارك ربُّ المال في بعض رأس ماله ،وذلك لا يجوز. [5]

فإذاً كان القراض بالعروض ينافي العقد وموضوعه وجب أن لا يصحّ.

فأمَّا الجواب عن قولهم: إنَّ ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون رأس مال ،كالأثمان ،فهو أنَّ المعنى في الأثمان التي هي الدَّنانير والدَّراهم [6] أنَّها قيم في أنفسها

---

[1] في ب (لأنه).

[2] انظر/ الحاوي ٣٠٧/٧،البيان ١٨٧/٧.

[3] ألف: ساقطة من نسخة ب

[4] قوله (الأوله)بداية ٨/ل/٣ب من ب.

[5] وخلاصة هذا أن موضوع القراض أن يرد العامل رأس المال بعد المضاربة ،ويشتركان في الربح وكون رأس المال عروضاً يمنع من هذا .
انظر/الحاوي ٣٠٧/٧،المهذب ٢٢٧/٢.

[6] في ب(الدراهم والدنانير)

للمتلفات،وأثمان للأشياء فصحَّ القراض بها، وليس كذلك العرض ؛فإنّه ليس بقيمة في نفسه إذ كان مقوّماً بغيره فلم يصح القراض.

فـــرع

إذا دفع ربُّ المال سبيكة ذهب، أو نُقْرة وَرِقٍ إلى العامل ،على أن يكون رأس ماله في القراض لم يصح [1] ؛ لأنَّ /النقرة والذهب وإن كانا من جنس الأثمان فليسا بأثمان للمتلفات ،ولا قيماً لها؛ لأنَّهما يقوَّمان في أنفسهما، فلم يصح القراض عليهما كالعُرُوض. [2]

١/٦

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٠٨/٧،الوسيط ١٠٦/٤،حلية العلماء ٣٢٩/٥،البيان ١٨٧/٧.

[2] انظر/ البيان ١٨٧/٧.

فـــــرع

إذا دفع إليه فلوساً على أن تكون رأسَ المالِ في القراض لم يصح..

هذا مذهبنا. [1] وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف. [2] [3]

وقال محمد: [4] القياس أنّه لا يصحُّ ،ولكن يجوز استحساناً [5] ؛ لأنّه ثمن في بعض البلدان،وإذا كان ذلك ثمناً في بعض البلدان جاز أن يكون أصلاً في القراض، كالدَّراهم والدَّنانير. [6]

وهذا غلط؛لأنّ الاعتبار في رأس مال القراض أن يكون ثمناً في سائر البلدان،فأمَّا أن يكون في بعضها دون بعض فلا يصح القراض كالعُرُوض. [7]

---

(1) وهو المذهب عند الشّافعيّة .

انظر/ الإشراف لابن المنذر ٩٧/١،المهذب ٢٢٦/٢،البيان ١٨٧/٧،الروضة ١١٧/٥،منهاج الطلاب وشرحه فتح الوهاب ٤١١/١.

(2) تقدمت ترجمته ص١٦٠.

(3) انظر/ المبسوط ٢١/٢٢،عيون المسائل ص١٨٥،تبين الحقائق ٥١٦/٥.

(4) تقدمت ترجمته ص١٧٩.

(5) وذلك إذا كانت الفلوس رائجة في البلد ،وإما إذا لم تكن رائجة ومتداولة فلا يصح القراض عنده .

وهي رواية عن أبي حنيفة ولكن الصحيح عنه المنع.

انظر/ المبسوط ٢١/٢٢،عيون المسائل ص١٨٥،بدائع الصنائع ١١٤/٥ .

(6) انظر/ المبسوط ٢١/٢٢،بدائع الصنائع ١١٤/٥.

(7) وهو الصحيح .

وحكى الإمام وجهاً أنّه يجوز القراض على المغشوش اعتباراً برواجه .

انظر/ الوسيط ١٠٦/٤،البيان٧/ ١٨٦،الروضة ١١٧/٥، مغني المحتاج ٣١٠/٢،كفاية الأخيار ٣٩٢/١.

فـــــرع

إذا دفع إليه دراهم مغشوشة على أن تكون رأسَ مالٍ في القِراض لم يصـــح، ســـواء كان الغشُّ أكثر من الفضة ،أو أقلَّ منه .

وقال أبو حنيفة:إن كان الغشُّ أقلَّ من الفضة فإنَّه يصحُّ.[1] وبنى ذلك على أصلـه في الزكاة ؛ لأنَّه يقول إذا ملك مائتي درهم مغشوشة، والغشُّ أقلُّ من الفضة ،وجبـــت فيها الزكاة [2] ؛لأنَّ الحكم للأكثر.[3]

وهذا غلط؛لأنَّ الزكاة عندنا لا تجب في الدَّراهم المغشوشة إذا لم يكن فيـــها مائتــا درهم فضة.[4]

فنقول في مسألتنا: [5] إنَّه قراض في فضة وعـــرض فوجـــب أن لا / يصـــح[6] ،أصله: إذا كانا متميزين ،أو كان الغشُّ أكثر .[7]

وقولهم :إنَّ الحكم للأكثر غير صحيح؛ لأنَّ في الأصول ما لا يكـــون الحكـــم فيـــه للأكثر ،وقد بيَّنَّا ذلك في كتاب الزكاة.[8]

---

(1) مذهب الحنفية أنَّ الدراهم المغشوشة إذا كان الغش أقل من الفضة ،فإنَّها تلحـــق بالخالصـــة في جميـــع الأحكام .قال الكاساني في بدائع الصنائع (وجملة الكلام فيه أن الدراهم المضروبة ثلاثة ،إما أن تكـــون الفضة فيها هي الغالبة ،وإما أن يكون الغش فيها هو الغالب ،وإما أن يكون الفضة والغش سواء ، فإن كانت الفضة فيها هي الغالبة....فحكمها حكم الفضة الخالصة ....)٤٢٣/٤.

(2) انظر/ فتح القدير٢/٢١٣-٢١٤، للباب في شرح الكتاب ١٤٧/١.

(3) انظر/ بدائع الصنائع ٤٢٣/٤.

(4) انظر/ الوسيط ٤٧٢/٢،الروضة ٢٥٨/٥،المجموع ٤٩٣/٥.

(5) وهي حكم القراض بالدراهم المغشوشة .

(6) قوله (يصح)بداية ٨/ل/ ٤أ ،من نسخة ب.

(7) انظر/ البيان ١٨٦/٧.

(8) انظر كتاب الزكاة من التعليقة الكبرى ص ٥٧٩-٥٨٠. رسالة ماجستير مقدمة من : خليف السهلي.

فـــــرع

إذا دفع إليه غزلاً وقال: انسجه ثوباً، وبِعْه فما كان ثمناً للغزل فهو لي، وما كان فاضلاً فهو بيننا لم يصح [1] ؛ لأنَّ القراض إنَّما يصحُّ فيما يملك العامل أن يتصرَّف في رقبته، وهاهنا ليس للعامل التَّصرُّف في رقبة هذا الغزل ،فلم يصحّ القراض. [2]

وإذا باع الثوب كان ثمنه لصاحب الغزل ؛لأنَّه عين ماله ،وللعامل أجرة مثله [3] ؛لأنَّه دخل في العقد على أن يكون له في مقابلة عمله بعض الرِّبح فلمَّا لم يسلَّم ذلك له [4] كان له أجرة مثل عمله. [5]

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/ ٣١٠،البيان ٧/١٨٧،فتح الوهاب ١/٤١٢،كفاية الأخيار ١/٣٩٣.

[2] انظر/ البيان ٧/١٨٧.

[3] انظر/ الحاوي ٧/ ٤١٠،البيان ٧/١٨٧،نهاية المحتاج ٥/ ٢٢٠.

[4] في ب (له ذلك)

[5] انظر/ البيان ٧/١٨٧.

فــــرع

إذا أعطاه شبكة فقال:اصطد بها فما رزق الله من صيد كان بيننا لم يصح [1] ؛لأنَّ القراض إنَّما يصحُّ فيما يكون للعامل التَّصرُّف في رقبته ،وتكون الفائدة مستفادة من تلك العين بالتَّصرُّف والتقليب ،وهاهنا إذا اصطاد/ الصائد يكون الصيد مضافاً إلى فعله ،والشبكة آلة له فلم يصح.

١٦/أ

فإذا ثبت هذا .

فإنَّ الصيد يكون للصائد ؛ لأنَّه مستفاد بفعله ومنسوب إليه ،ويكون لصاحب الشبكة أجره [2] ؛لأنَّه دخل على أن يكون له بعض الفائدة فإذا لم يسلَّم ذلك له [3] كان له أجرة المثل.

والفرق بين هذه المسألة ،وبين مسألة الغزل: [4]

أنَّ العامل إذا نسج الثوب فإن الثوب عين مال صاحب الغزل ،وليس للنَّسَّاج غير الأثر فيه ؛فلهذا كان لصاحب الغزل، كذلك في الشبكة فإنَّ الصيد من فعل الصائد ومضافاً إليه ؛كما قلنا فيمن غصب غزلاً فنسجه، فإن الثوب يكون للمغصوب منه؛ لأنَّه عين ماله، وليس للغاصب فيه إلا الأثر، وهو التلفيق [5] ،وبمثله لو غصب شبكة فاصطاد بها، فإنَّ الصيد يكون للغاصب ؛لأنَّه من فعله ومضاف إليه وعليه أجرة الشبكة [6].

---

[1] الحاوي ٣١٠/٧،البيان ١٨٧/٧،شرح زبد أرسلان ص٢٢٠،نهاية المحتاج ٢٢٠/٥.

[2] المراجع السابقة .

[3] في ب(له ذلك).

[4] حيث قالوا في مسألة الغزل: إنَّه إذا باع الثوب كان ثمنه لصاحب الغزل ،وللعامل أجرة المثل .وقد تقدمت في الصفحة السابقة .

[5] تقدم في كتاب الغصب ص١٦٨.

[6] انظر/ البيان ٤٠/٧.

فـــــرع

إذا دفع إليه ثوباً وقال له: إذا بعته ونضَّ [1] لك ثمنه ،حينئذ يكـــون / الثمـــن [2]في يدك قراضاً ، لم يصحّ. [3]

وقال أبو حنيفة رحمه الله :يصحُّ ذلك. [4]

واحتجَّ من نصره:بأنّه عقد يصحُّ مع الجهالة؛لأنَّ الرِّبح لا يُعلم قدره فجـــاز تعليقـــه بشرط [5] كالوصيَّة والطَّلاق.

ودليلنا:أنّه عقدٌ تؤثّر فيه الجهالة ،فلم يصحّ تعليقه بشرط مستقبل كالبيع. [6]

فإن قالوا: عندنا إذا أعطاه الثوب على أن يبيعه ويجعل ثمنه قِراضاً جاز ذلك [7] ،فلا نسلّم أنَّ الجهالة تؤثّر فيه.

قلنا: هذا غير صحيح؛لأنّا أجمعنا على أنّه لو عقد معه القراض على دراهم في كيـــس مجهولة القدر لم يصحّ ،وكذلك لو قال له :لك جزء من الربح لم يصحّ ،فقد أثّـــرت الجهالة في هذا العقد. [8]

---

[1] نضَّ :ينضُّ من باب ضرب ،يقال نضَّ الثمن حصل وتعجَّل،ويسمى الدرهم والدينار ناضًّاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً .انظر/ القاموس المحيط ص ٥٨٨،المصباح المنير ص٢٣٣.

[2] قوله (الثمن)بداية ٨/ل/ ٤ب من نسخة ب

[3] انظر/ الحاوي ٣٠٩/٧،البيان ١٨٨/٧،حلية العلماء ٣٣١/٥.

[4] انظر/ المبسوط ٣٦/٢٢،مختصر اختلاف العلماء ٤٠/٤،تكملة فتح القدير ٤٤٧/٨.

[5] ودليل الحنفية الذي ذكروه أنّه وكّله بالبيع ،ثم عقد المضاربة إلى الثمن المقبوض من دراهم أو دنانير، وهو أمانة في يد الوكيل ،فقد وجد شرط صحة المضاربة ،وأكثر ما فيه أنّه أضاف عقد المضاربة إلى ما بعـد البيع وقبض الثمن، وذلك لا يفسد المضاربة .

انظر/ المبسوط ٣٦/٢٢،تكملة فتح القدير ٤٤٧/٨.

[6] انظر/ الحاوي ٣٠٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ١١٥،البيان ١٨٨/٧.

[7] انظر/ المبسوط ٣٦/٢٢،تكملة فتح القدير ٤٤٧/٨.

[8] انظر/ التهذيب ٣٧٨/٤،بدائع الصانع ١١٤/٥.

ولأنَّه علَّق العقد بشرط مستقبل فلم يصحّ ،كما لو قال له [1] : إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك. [2]

فأمَّا الجواب عن قولهم: إنَّه عقد يصحُّ مع الجهالة ،فقد بيَّنَّا أنَّ الجهالة تؤثِّر فيه.

وأمَّا الرِّبح فلا سبيل إلى معرفة قدره إلا بتحرٍّ فيه ،وهو أن يجعل له النِّصف أو الثلث منه أو غير ذلك من الأجر،فجاز تعليقهما على شرط، وليس كذلك في مسألتنا ؛فإنَّ الجهالة تؤثِّر في هذا العقد فلم يجز تعليقه على شرط والله أعلم.

---

(1) له: ساقطة من نسخة ب

(2) انظر/ التنبيه ص١١٩،بدائع الصنائع ١١٤/٥.

[٧٢] مســألة

قال الشَّافعيّ رحمه الله : ((فَإِنْ [١]قَارَضَهُ وَجَعَلَ رَبُّ الْمَالِ مَعَهُ غُلامَهُ، وَشَــرَطَ أَنْ يَكُونَ [٢] الرِّبح بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْغُلَامَ والْعَامِلِ [٣] أَثْلاثاً فَهُو جَائِزٌ [٤])).

وهذا كما قال.

اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين:

فمنهم من قال: صورتها أن يدفع رجل إلى آخر مالاً قراضاً على أن يعمل فيه ،وشرط أن يكون ثلث الرِّبح للعامل ،وثلثه لربِّ المال ،وثلثه لعبده ،ولا يكون من العبد /عمل في ذلك .

١٩/ل/٦ب

فهذا الذي قال الشَّافعيّ رحمه الله :إنَّه يجوز. [٥]

وإنَّما كان كذلك؛لأنَّ يد العبد كيد سيِّده ،وما يأخذه العبد من الرِّبح يرجـــع إلى سيِّده؛ لأنَّ العبد لا يملك شيئاً ؛ [٦]ألا ترى أنَّه لو أوصى للعبد فإنَّ الوصيَّة ترجــع إلى السَّيِّد؟ [٧]

فإذا ثبت أنَّ الرِّبح الذي أخذه العبد يرجع إلى سيِّده، فإنَّه يصحُّ كما لو شـرط ربُّ المال أن يكون له ثلثا الرِّبح ،/وللعامل [٨] الثلث. [٩] [١٠]

---

[١] في المختصر المطبوع (وإن)ص١٣٣.

[٢] (يكون)ليست في المختصر المطبوع .ص١٣٣.

[٣] في المطبوع (وبين العامل والغلام)ص١٣٣.

[٤] مختصر المزني ص ١٣٣،وتمام المسألة (وكان لرب المال الثلثان وللعامل الثلث).

[٥] انظر/ الأم ٤/ ١٠،الحاوي ٧/ ٣١٠،بحر المذهب ٩/ل ١٧٧،البيان ٧/ ١٩٨،فتح العزيز ٦/ ١٠،الروضــة ٥/ ١١٩.

[٦] انظر/ الأم ٤/ ١٠،التهذيب ص٧٨،بحر المذهب ٩/ل١١٧.

[٧] انظر/ الوسيط ٤/ ٤٠٥، الروضة ٦/ ١٠١.

[٨] (وللعامل) بداية ٨/ل/ ٥ أ،من نسخة ب.

[٩] في ب (ثلثه).

[١٠] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٧،التهذيب ص٧٨.

فأمَّا إذا شرط أن يكون من العبد عمل ،ويأخذ ثلث الرِّبح ،فإنَّه لا يجوز؛ [1] لأنَّا قلنا :إنَّ عمل العبد كعمل سيِّده، ثم لو شرط سيِّده -وهو ربُّ المال- أن يكون منه المال والعمل لم يصحّ كذلك هاهنا. [2]

ولأنَّ الرِّبح في القراض إنَّما يُسْتَحَقّ بسببين: فربُّ المال يستحقُّ برأس المال ،والعامل بعمله .

فلو قلنا :إنَّ شرط عمل العبد لا يفسده كنَّا قد جعلنا لربِّ المال بعض الرِّبح بماله ،وبعضه [3] بعمله ،وهذا غير جائز.

وذهب أبو العباس [4] وأبو إسحاق [5] وعامَّة أصحابنا رحمهم الله : [6] إلى أنّه إذا شرط ثلث الرِّبح لعبده صحَّ سواء شرط عملاً أو لم يشرط [7] وإنَّما كان ذلك [8] **لثلاثة معان:**

---

[1] وهذا أحد الوجهين في المسألة ،وقيل :أحد القولين،ويأتي بيانها في كلام المصنف .
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٧،البيان ١٩٨/٧،فتح العزيز ١٠/٦،الروضة ١١٩/٥،مغني المحتاج ٣١١/٢،نهاية المحتاج ٢٢٣/٥.

[2] انظر/ المراجع السابقة .

[3] في ب (وبعض الربح)

[4] وهو ابن سريج وقد تقدمت ترجمته ص١٨٧ .
وانظر قوله في كتابه الودائع لمنصوص الشرائع ص٤٦٠.

[5] وهو المروزي وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[6] وقد نقله عنهم الرُّوْياني ،والعمراني ،والرافعي .
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٧،البيان ١٩٨/٧،فتح العزيز ١٠/٦.

[7] وهو الصحيح الذي عليه الأكثرون .
انظر/ الحاوي ٣١١/٧،بحر المذهب ٥/ل ١١٧،الوسيط ١٠٨/٤، البيان ١٩٨/٧،الروضة ١١٩/٥،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣١١/٢،نهاية المحتاج ٢٢٣/٥.

[8] في ب (كذلك)

أحدها: أنّ هذا عقد على أصل يشتركان فيه ،فوجب أن لا يفسد بشرط عمل العبد فيه ،كالمساقاة .[1]

وذلك أنّ في المساقاة لو شرط أن يعمل عبده في النَّخل بأن يحفر آبارها ،ويسدَّ سواقيها ،وغير ذلك من العمل ،لم يسقط العقد،[2] فكذلك هاهنا.

والثّاني: هو أنّ الأصل في القراض هو المال ،وعمل العبد تبعاً له [3] وما كان تبعاً لم يفسد الأصل؛ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها لا يصحُّ بغير شرط القطع؟[4]ولو بيعت الأصول تبعتها الثمرة في البيع ولا يحتاج إلى شرط القطع؟ [5]

والثّالث: أنّ مال القراض ملك للسيِّد ،ومنافع العبد أيضاً ملك له [6] ، وهي في معنى المال، ولو ضمَّ مالاً إلى مال لصح القراض عليه، فكذلك إذا ضمَّ المنافع إلى مال القراض، يجب أن يصحَّ القراض على الجميع[7].

فرَّع أبو العباس [8] على هذا بأن قال: لو دفع رجلٌ إلى رجلٍ ألفاً قراضاً وسلَّم إليه دابَّة أو حماراً وقال: تستعين بهذه البهيمة لحمل المتاع عليها وتركبها صحَّ عقد القراض ؛[9]لأنّ الأصل هو المال وعمل هذه البهيمة تبع له.

---

[1] انظر/ الوسيط ٤/١٠٨،نهاية المحتاج ٥/٢٢٣،مغني المحتاج ٢/٣١١.

[2] وسيأتي مزيد تفصيل في كتاب المساقاة ص٦٨٢.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٧.

[4] انظر/ التنبيه ص٩٣،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٨٨-٨٩.

[5] انظر/ التنبيه ص٩٢،الوجيز ١/١٤٩.

[6] في ب(ملك أيضاً)

[7] انظر/ التهذيب ص٨١.

[8] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[9] وقد نقله عن ابن سريج الرُّوْياني والعمراني.انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٧،البيان ٧/١٩٨.
و انظر/ فتح العزيز ٦/١٠،الروضة ٥/١١٩،مغني المحتاج ٢/٣١١،نهاية المحتاج ٥/٢٢٣.

فإن قيل: أليس قد قلتم :لو سلّم رجل إلى رجل بهيمة قراضاً على أن تكون أجـــــرة العمل بينهما لم يصح [1]؟ألا كان هاهنا مثله؟.

٦/ل/٠

فالجواب :أنّ الفرق بينهما أنّه جعل /البهيمة هناك أصلاً في القراض[2]فلـــم يصـــحَّ، وههنا / جعل[3] الأصل المال وسلَّم إليه البهيمة ليستعين بها ،لا لتكون أصلاً ،فـــهي تبع للمال، وفرق في الأصول بين الشيء إذا كان أصلاً في نفسه،وبين أن يكون تبعـــاً لغيره ،كما ذكرنا في بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها.

---

(1) لأنّ القراض لا يصح على العروض، وإنما يصح على الدراهم والدنانير كما تقدم ص٤٩٧.

(2) أي فيما لو سلم رجل إلى رجل بهيمة قراضاً.

(3) (جعل)بداية ٨/ل/ ٥ ب من نسخة ب

فـــرع

إذا دفع المقارِض إلى العامل مالاً قراضاً ،وشرط أن يكون بعض الرِّبح لغلامه الحرِّ أو لزوجته ؛أو لأجنبيٍّ نظرت: فإن شرط ألَّا يكون منهم عمل في ذلك لم يصـح عقـد القراض قولاً واحداً؛ [1] فلما استحق الربح للعمل [2] ربّ المال [3] ،وله حكـم نفسه، فهو كما لو قارض رجلين صحَّ القراض، [4] كذلك هاهنا.

---

[1] انظر/ الحاوي ٣١١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١١٧،الوجيز ٢٢٢/١،فتح العزيز ١٥/٦،الروضة٥/ ١٢٢،فتح المعين ص٢٩٦.

[2] في ب (كعمل).

[3] كذا في المخطوط ولعل العبارة (فلم يستحق الربح كعمل ربّ المال).

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٧،فتح العزيز ١٥/٦،الروضة ١٢٢/٥.

[٧٣] مســألـــة

قال الشّافعيّ رحمه الله : ((**لا يجوز**[١]**أنْ يُقارِضَهُ إلى مُدَّةٍ مِنْ الْمُدَدِ**)). [٢]

وهذا كما قال.

عقد القراض من العقود الجائزة،وهو أنّ العامل يتصرّف في رقبة [٣] المال بـــإذن ربّ المال ،وله أن يمنعه عن [٤] التّصرُّف أيّ وقت شاء ،[٥]فجرى مجرى الوكالـــة،وذاك أنّ الوكيل يتصرّف لموكّله بإذنه، ولموكّله أن يعزله أيّ وقت شاء،فلمّا كـــان عقـــد الوكالة من العقود الجائزة [٦]كان عقد القراض مثله.

فإن قيل: أليسَ العامل في المساقاة يتصرّف لربِّ النّخل بإذنه ،ولـــه أن يمنعـــه عـــن ذلك؟وقلتم:إنّه من العقود اللازمة[٧] ؟ فهلّا قلتم إنّ عقد القراض من العقود اللازمة؟.

فالجواب: أنّ الفرق بينهما أنّ عقد المساقاة يفتقر إلى مدّة معلومة، [٨] وكلّ عقـــد افتقر إلى مدّة معلومة كان لازماً [٩] ،والقراض لا يفتقر إلى مدة معلومة [وكلٌ مـا لا يفتقر إلى مدّة معلومة] [١٠] ؛فإنَّ منه ما يكون جائزاً ،و لأنّ العـــامل في القـــراض

---

[١] في المطبوع (ولايجوز) بزيادة الواو ،وكذلك في (ب).

[٢] مختصر المزني ص١٣٣.

[٣] رقبة : ساقطة من نسخة ب.

[٤] في ب (من)

[٥] انظر/ الأم ٤/ ١٠،الإشراف لابن المنذر ١/ ١١٤،الحاوي ٧/ ٣١١،المهذب ٢/ ٢٢٨،التهذيب ص٨٢،حلية العلماء ٥/ ٣٣٢،مغني المحتاج ٢/ ٣١٢،كفاية الأخيار ص٣٩٥.

[٦] انظر/ الوجيز ١/ ١٩٢-١٩٣،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/ ٢٣١.

[٧] انظر/ المنهاج مع مغني المحتاج ٢/ ٣٠٧،كفاية الأخيار ص٣٩٧.

[٨] وذلك أنّ لخروج الثمرة في عقد المساقاة غاية معلومة يسهل ضبطها، بخلاف القراض ،فإنّ الربح ليس له وقت مضبوط ؛فقد لا يحصل الربح في المدة المقدرة . كفاية الأخيار ص٣٩٧.
و انظر/مغني المحتاج ٢/ ٢١٣، نهاية المحتاج ٥/ ٢٢٤-٢٢٥

[٩] كعقد الإجارة .

[١٠] قوله [وكلُّ ما لا يفتقر إلى مدَّة معلومة]ساقط من نسخة أ.

يتصرّف لربّ المال ،وله أن يمنعه من التصرف أيّ وقت شاء ،فجرى مجرى الوكالة ،وعقد الوكالة جائز، [1] فكذلك هذا.

وليس كذلك المساقاة؛لأنّ العامل لا يتصرَّف في رقبة المال، وإنّما بذل منفعة نفسه في مقابلة ما يأخذه من الثمرة ، [2] فجرى مجرى الإجارة؛لأنّ المستأجر يؤاجر نفسه للعامل في مقابلة ما يأخذه من الأجرة، فلمّا كان عقد الإجارة من العقود اللازمة، [3]كذلك في المساقاة.

إذا ثبت [هذا] [4] فإنّ الشّافعيّ رحمه الله ذكر: أنّه لا يصح عقد /القراض [5] إلى مدّة من المدد، [6] وفي ذلك **ثلاث مسائل:**

أحدها: إذا دفع إليه ألفاً قراضاً إلى سنة على أن يبيع ويشتري في مدة السنة،فإذا انقضت لم يكن له أن يبيع ولا أن يشتري،فإنّ هذا قراض فاسد . [7]

لأنّ هذا شرط /ليس من مصلحة العقد، [وينافي] [8] مقتضاها، وكلّ شرط لم يكن [9] من مصلحة العقد ،[وينافي] [10] مقتضاها [11] ،فإنّه يبطل العقد، [12]كما لو قال: بعتك على أن لا أسلّم إليك.

٦/ل/٢٠ب

[1] كما تقدم ص ٥١١.

[2] كما سيأتي في كتاب المساقاة ص٦٦٣.

[3] انظر/ المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٣٥٥،فتح المنان ص٣٠٣.

[4] [هذا] ساقط من أ.

[5] (القراض) بداية ٨/ل/ ٦ أ، من نسخة ب.

[6] انظر/ الأم ٤/١٠،مختصر المزني ص١٢٢.

[7] انظر/ الحاوي ٧/٣١١،بحر المذهب ٩/ل ١١٨، التهذيب ص٨٢،حلية العلماء ٥/٣٣٤،الروضة ٥/١٢٢.

[8] في أ (ينافي) بدون الواو، والمثبت من نسخة ب.

[9] في ب (ليس)

[10] في أ (ينافي) بدون الواو، والمثبت من نسخة ب.

[11] في ب (مقتضاه).

[12] انظر/ الحاوي ٧/٣١١،بحر المذهب ٩/ل ١١٨،فتح العزيز ٦/١٤.

ولأنّ إطلاق عقد القراض يقتضي التأبيد، فإذا شرط فيه مدّة فقد شرط شرطاً ليس من مقتضاه ،فأبطله كالنِّكاح [1] ؛لأنّ عقد النِّكاح يقتضي التأبيد فإذا قال: [زوّجتك] [2] إلى شهر،كان النّكاح باطلاً،[3]كذلك هاهنا مثله.

ولأنّ موضوع القراض على أنّه، يعلم كلّ واحد منهما قدر ما يخصُّه من الرِّبح عند المفاصلة ،ولا يمكن الوقوف عى قدر الرِّبح إلا أن ينضَّ الثمن،والثمن لا ينضُّ إلا بالبيع، فإذا منعه من البيع بعد انقضاء السنة فربَّما لا يتسع لبيع ذلك ولنضّ الثمن ،فإذا شرط هذا فقد شرط شرطاً يبطل مقصود العقد فأبطله،[4]كما قلنا في المستأجر؛لأنّه إذا استأجر رجلاً على أن يعمل عملاً معلوماً في مدّة مجهولة ،أو أن يعمل عملاً مجهولاً في مدَّة معلومة صحَّت الإجارة ،وإذا جمع بينهما بطلت الإجارة، [5] كذلك هاهنا.

وفي هذا المعنى إذا قال :على أن ليس لك أن تبيع ولا أن تشتري، فمَنْعُه من البيع هو الذي يبطل العقد ،فإذا شرط مَنْعَه من البيع وحده أولى،[6] أن يبطل العقدَ هذا الشَّرط.

فأمَّا إذا قال: على أن ليس لك [أن] [7] تشتري بعد انقضاء السنة،ولك أن تبيع فإنّ ذلك يجوز. [8]

---

[1] انظر/ البيان ١٩٧/٧.

[2] في أ (تزوجتك) والمثبت من نسخة ب.

[3] انظر/ التنبيه ص٢٦٤، الروضة ٤٢/٧.

[4] وبنحوه في البيان ١٩٧/٧.

[5] انظر/ فتح العزيز ٨٤/٦،الروضة ١٧٤/٥.

[6] في ب (فأولى)

[7] في أ (بأن)

[8] وهو الأصح ؛لأنّه يملك منعه من الشراء متى شاء ،فإذا شرط ذلك فقد شرط ما يقتضيه العقد ،فلم يؤثر . -وحُكى عن أبي إسحاق المروزي أنّه قال :يفسد القراض ؛لأنّه عقد عقداً وشرط قطعه ،فبطل ،كما لو تزوج امرأة على أن يطلقها .قال العمراني بعد نقله هذا القول (وليس بشيء) البيان ١٩٧/٧.

=

والمسألة الثّانية: إذا قال:قارضتك إلى سنة، على [1] أن ليس أن أمنعك في أثناء هذه السنة من البيع والشّراء،فإنّه لا يصح القراض؛ [2] لأنّه من العقود الجائزة ولربِّ المال أن يمنع العامل من التّصرُّف متى شاء،[3]فلو قلنا: ليس له أن يمنعه في مدّة سنة صار ذلك عقداً لازماً،والعقود الجائزة لا تصير لازمة بالشَّرط، ولا تصير اللازمة جائزة. [4]

والمسألة الثّالثة: إذا قال: قارضتك إلى سنة ،على أنّي إن شئت منعتك من التّصرُّف قبل مضيّ السنة،وإذا مضت السنة كان القراض صحيحاً جاز ذلك؛[5]لأنّ بإطلاق العقد يكون له أن يمنعه من الشّراء أو البيع أيّ وقت شاء ،فإذا شرط ذلك كان الشَّرط من مقتضى العقد، فلم / يبطله [6] ،والله أعلم.

=

انظر/ الحاوي ٣١٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١١٨،البيان ١٩٧/٧،فتح العزيز ١٤/٦،الروضة ١٢٢/٥.

(١) من قوله (على أن ليس أن أمنعك...إلى قوله ...قارضتك إلى سنة) ساقط من نسخة ب ،٦/أ

(٢) انظر/ التهذيب ص٨٥،فتح العزيز ١٥/٦،الروضة ١٢٢/٥.

(٣) انظر/ التهذيب ص٨٥،البيان ١٩٧/٧.

(٤) وبنحوه في البيان ١٩٧/٧.

(٥) إذا قال قارضتك إلى سنة وأطلق ففيه وجهان حكاهما أبو على السِّنجيُّ :

أحدهما :لا يبطل ؛لأنّ له عزله بعد العقد متى شاء .

والثّاني :يبطل وهو الأصح ؛لأنّ تقييده بالسنة يقتضي منعاً بعده من البيع والشراء .

انظر/ البيان ١٩٧/٧،الروضة ١٢٣/٥.

(٦) قوله (يبطله)بداية ٨/ل/ ٦ب من نسخة ب

[٧٤] مسألة

قال الشّافعيّ رحمه الله : ((**ولا يَشْرُطُ أحَدُهَما دِرْهَماً على صَاحِبَهُ**)). [١]

وهذا كما قال.

إذا دفع مالاً قراضاً وشرط أن يكون له دراهم من الرِّبح،والباقي يكون بينهما، أو يكون للعامل من الرِّبح درهم والباقي بينهما ،فإنّ ذلك القراض فاسد [٢] ؛لأنّ مقتضى عقد/ القراض أن لا ينفرد أحدهما،وهذا ينافي صحَّة العقد فبطل. [٣]

/٦/ أ

وإذا شرط ربّ المال على العامل أنّه إذا اشترى برأس المال شيئاً يستحسنه، أو يسترخصه فإنّه يأخذه ربُّ المال أو العامل بما اشتراه فإنّه لا يصحُّ؛[٤]لما ذكرنا [٥] من جواز أن يكون الرِّبح كلّه في المأخوذ. [٦]

ولأنّه إذا أضيف قدر الرِّبح الذي في المأخوذ إلى ما يخصه من الجزء الباقي صار الكلُّ مجهولاً،وإذا كان الكلُّ مجهولاً بطل. [٧]

وهكذا لو شرط ربُّ المال أنّ له أن ينتفع بما يشتريه العاملُ برأس المال، مثل أن يكون عبداً فيستخدمه إلى أن

---

[١] مختصر المزني ص١٣٣. وتمامه (وما بقي بينهما، أو يشترط أن يوليه سلعة أو على أن يرتفق أحدهما في ذلك بشيء دون صاحبه).

[٢] انظر/ الإشراف لابن المنذر ٩٩/١.الحاوي ٣١٣/٧،المهذب ٢٢٨/٢، بحر المذهب ٩/ل ١١٨،،الوسيط ١١٢/٤.

[٣] انظر/ البيان ١٩٤/٧.

[٤] انظر/ الحاوي ٣١٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١١٨،البيان ١٩٤/٧،فتح العزيز ١٧/٦،الروضة ١٢٣/٥.

[٥] في ب(ذكرناه).

[٦] انظر/ الحاوي ١٣١/٧،فتح العزيز ١٧/٦،الروضة ١٢٣/٥.

[٧] كما تقدم ص٥١٣.

يبيعه ،أو دابَّة فيركبها، أو ثوباً فيلبسه لم يصح القــــراض؛[1] للمعنيــين اللّذيْــن ذكرناهما آنفاً .[2]

فإن قيل: أليس قلتم إنّه إذا شرط أن يكون لأحدهما ثلثا الرِّبح،وللآخر الثلث ،صــح العقد،[3]وإن كان أحدهما ينفرد ببعض الرِّبح؟،**هلّا قلتم هاهنا:** إنّه إذا شرط أحدهمــا درهماً لنفسه من الرِّبح ،أو شرط أن يأخذ مما يشتريه العامل ما يسترخصه، وأن ينتفــع به إلى أن يبيعه ،أنّه لا يبطل العقد؛لأنّه ليس فيه أكثر من انفراد أحدهما ببعضِ الرِّبح؟

قلنا: لا فرق بينهما، إنّما [4] لم نبطل عقد القراض بانفراد أحدهما ببعــض الرِّبــح ،وإنّما أبطلناه، لجواز أن يكون الرِّبح ذلك الدرهم الذي يأخذه المشروط له، فينفــرد بجميع الرِّبح، وإذا أضيفت أجرة الانتفاع إلى الجزء الذي يأخذه من الرِّبح صار الكــل مجهولاً ،وليس كذلك إذا شرط أن يكون لأحدهما الثلث ،وللآخر الثلثـــان ،لا [5] يفضي إلى أن ينفرد أحدهما بكلّ الرِّبح؛لأنّه ما من ربح إلا وله ثلـــث وثلثـان، ولا يفضي إلى أن يكون الجزء /الذي [6] يأخذ كلُّ [7] واحد منهما مجهولاً؛لأنّه ما من ربح وإن قلّ إلا وله ثلث وثلثان، فيأخذ كلُّ واحد منهما جزءاً معلوماً.

---

[1] انظر/ الحاوي ٣١٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١١٨،البيان ١٩٤/٧،فتح العزيز ١٧/٦

[2] وهما :لجواز أن يكون الربح كلّه في المأخوذ، ولأنّه إذا أضيف قدر الربح الذي في المأخوذ إلى ما يخصه من الجزء الباقي صار الكل مجهولاً.

[3] انظر/ التهذيب ص٧٣،فتح العزيز ١٦/٦.

[4] في ب (لأنّا).

[5] كذا في أ(لا يفضي)وفي ب (لأنّه يفضي)(٦ب) ولعل الصواب (لأنّه لا يفضي)

[6] قوله (الذي) بداية ٨/ل/ ٧أ من نسخة ب .

[7] قوله (كلُّ واحد منهما – إلى قوله –فيأخذ) ساقط من نسخة ب

[٧٥] مســـألـــة

قال رحمه الله : ((**وأنْ لا يَشْتَرِي إلَّا مِنْ فُلَانٍ ،وأنْ لا يَشْتَرِي** [١] **إلَّا سِـــلْعَةً بِعَينِهَا**)). [٢]

وهذا كما قال.

إذا شرط في القراض أن لا يشتري إلَّا من فلان، وأن لا يبيع إلَّا من فلان فـــالقراض فاسد [٣] ،وكذلك إذا شرط شراء سلعة بعينها. [٤]

فأمَّا إن شرط نوعاً واحداً من المتاع جاز . [٥]

وقال أبو حنيفة: إذا شرط أن لا يشتري إلا من فلان، أو أن يشتري ســـلعة بعينـــها جاز ذلك. [٦]

واحتجَّ من نصره:

بأنّه لو شرط نوعاً واحداً من المتاع أن لا يشتري غيره جاز ،فكذلك إذا شـــرط أن يكون الشِّراء من رجل واحد/ أو سلعة بعينها.

/٦

ولأنّه عين من البيع فوجب أن لا يبطل العقد، كما لو كان بَيْعاً كَثِيراً. [٧]

ودليلنا:

---

(١) قوله (إلَّا مِنْ فُلَانٍ ،وأنْ لا يَشْتَرِي) ساقط من نسخة ب.

(٢) في المطبوع هكذا(أو يشترط أن لا يشتري إلا من فلان، أو لا يشتري إلا سلعة بعينـــها واحـــدة) ص ١٣٣.

(٣) وسيذكر المصنف قول المَاسَرْجِسِي ص٥١٨.

(٤) انظر/ الحاوي ٣١٤/٧،بحر المذهب ٩/ل ١١٨/التهذيب ٨٥،الروضة ١٢١/٥،المعاني البديعة في معرفـــة اختلاف أهل الشريعة ٦٩/٢.

(٥) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٨،التهذيب ص٨٥، البيان ١٩٩/٧،رحمة الأمة ص٣٤٠.

(٦) انظر/ المبسوط ٤٢/٢٢،مختصر اختلاف العلماء ٣٨/٤-٣٩،الاختيار ٢١/٣،تكملة فتح قدير ٤٥٧/٨..

(٧) ودليل الحنفية على ذلك قالوا أن المضاربة توكيل ،وفي التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق ،وخيانـــة المضارب ،ولأن الأسعار قد تختلف فبالتقييد تحصل الفائدة فتعتبر) تبين الحقائق ٥٢٨/٥.

أنّ القصد من القراض الفائدة وحصول الرِّبح،وإذا عقد على أن لا يكون الشِّراء إلا من بيِّع واحدٍ ربَّما لم يحصل المقصود ؛لجواز أن لا توجد السلعة التي يُرْجَى الرِّبح فيها [عنده] [1] ،وربَّما وجدت عنده [2] فتقاعد ببيعها ،وأغلى ثمنها ،وربَّما غاب فلا يمكن العامل التَّصرُّف ،فلا يحصل المقصود الذي وضع القراض له ،فلم يجز. [3]

ولأنّه شرط أن لا يشتري إلا من رجل واحد، فوجب أن لا يصح العقد، كما لو شرط أن لا يكون البيع والشِّراء إلا من رجل واحد. [4]

فأمَّا الجواب عمَّا ذكروه من النوع الواحد فهو:

أنّ العادة جارية في النوع الواحد أن يكون موجوداً غير متعذِّر، فالغرض المقصود [5] يحصل إذا اشترط ، وليس كذلك في مسألتنا؛ فإنّ الغرض المقصود يتعذَّر؛ فبان الفرق بينهما.

وأمَّا الجواب عن: قولهم : (إنّه عين من البيع [6] ؛فوجب أن لا يُبطل العقد ،كما لو كان بَيْعاً كثيراً) .

فهو:أنّ كافَّة أصحابنا قالوا: يبطل العقد،وإن كان البيع كثيراً،[7]فعلى هذا لا نسلّم ما قالوه.

---

[1] [عنده] ساقطة من أ.

[2] أي عند من عيَّنه رب المال ليبيع ويشتري منه العامل.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٢٩،بحر المذهب ٩/ل ١١٨،البيان ٧/١٩٩.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٣١٤.

[5] وهو الربح.

[6] في ب (لبيع)

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٨،البيان ٧/١٩٩،فتح العزيز ٦/١٣،الروضة ٥/١٢١.

وقال الماسَرْجِسي :[1]يجوز ذلك إذا كان البيع كثيراً.[2]
فعلى هذا نقول: إنّ البَيِّع الكثير لا يتعذّر السِّلَع عليه في الغالب ،فهو بمنزلة النوع الواحد،وليس كذلك في مسألتنا، / فإنّ [3] الغرض المقصود يتعذّر حسب ما بيّناه،فبان الفرق.

---

[1] تقدمت ترجمته ص٢٢.

[2] قال الرُّوياني : (وحكي عن الماسَرْجِسي أنّه قال :إن كان هذا الفلان بيِّعاً يكثر المتاع عنده ،ويحمل التجارة عنه ،و لا ينقطع المتاع عنده في العادة يجوز ؛لأنّ الظاهر أنّه يتمكن من طلب الربح والفضل فيه ولا أعرف هذا لغيره من أصحابنا ،وقال القاضي الطبري هذا الذي قاله صحيح).بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.

- قال النووي(ولو قال لا تبع إلا لزيد أو لا تشتر إلا منه لم يجز وقال الماسَرْجِسي إن كان المعيَّن بيّاعاً لا ينقطع عنده المتاع الذي يتجر في نوعه غالباً جاز تعيينه والمعروف الأوّل)الروضة ٥/١٢١.

وانظر/ البيان ١٩٩/٧،حلية العلماء ٣٢٤/٥،فتح العزيز ١٣/٦.

[3] قوله (فإن) بداية ٨/ل/ ٧ب من نسخة ب

فصل

إذا شرط جنساً ينقطع في الناس، ولا يوجد غالباً، مثل أن يقول: ببغداد على أن تكون التجارة في صيد البرِّ كالظِّباء، والوحوش وغير ذلك [1] [2] ،والتعليل ما مضى من سقوط المقصود به، [3]وإنَّما يصحّ القراض إذا لم يتعذّر المقصود ،مثل أن يطلق له التَّصرُّف فيما بذل العامل.

وكذلك لو شرط التَّصرُّف في سلعة لا تنقطع عن أيدي الناس غالباً ،كالثياب والطعام وغيرهما[4] ،فإنّه وإن كان جنساً واحداً فالإذن فيه عامٌّ؛لأنّ في كلّ بلد قوماً يتّجرون به.

قال أبو إسحاق : [5]وهكذا إذا شرط أن لا يتَّجر إلا في شيء واحد في بعض السَّنة دون بعض،فإذا وجد كان عامَّ الوجود كالعنب والرطب؛[6]؛لأنّ المقصود موجود.

فإن قيل: أليس قلتم: لا يصح القراض إلى مدّة على أن يشرط أنّه عند انقضاء المدة ينقطع تصرُّفه؟ [7] هلّا قلتم هاهنا أنّه إذا اشترط التَّصرُّف في سلعة تكون في زمان دون/ زمان أن لا يصحَّ عقد القراض.؟

٦/ل٢٢أ

---

[1] لعل هنا سقطاً تقديره (فسد القراض).

[2] انظر/ الحاوي ٣١٦/٧،المهذب ٢٢٨/٢،التهذيب ص٨٥،الوسيط ١٠٩/٤،البيان ١٩٩/٧-٢٠٠.

[3] انظر/ البيان ٢٠٠/٧.

[4] انظر المسألة في التهذيب ص٨٥،بحر المذهب ٩/ل ١١٩،الوسيط ١٠٩/٤،الروضة ١٢١/٥.

[5] المروزي ،وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[6] وهو الأصح ،وهو اختيار أبي حامد .

وفي وجه :أنّه لا يجوز إلا أن يقول :فإذا انقطع فاتجر فيما شئت، أو في جنس يعمُّ وجوده في الشتاء والصيف .قال العمراني بعد ذكره هذا الوجه : (وليس بشيء)البيان ٢٠٠/٧.

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٩،فتح العزيز ١٣/٦،الروضة ١٢١/٥.

[7] كما تقدم ص٥١١.

فالجواب: أنّ الفصل [1] بينهما واضح،وذلك أنّه إذا قارضه إلى مدّةٍ لم يمكنه البيع بعد انقضائها،وربَّما يكون في يده ما يحتاج إلى بيعه فيبطل مقصود العقد؛فلهذا لم يصحَّ وليس كذلك التجارة في الرُّطب؛لأنّه إذا انقضى الرُّطب لا يبقى في يده ما يحتاج إلى بيعه ،فإنّه لو بقي عنده رطب ما انقضت مدّة الرُّطب،فلهذا صحّ. [2]

[1] أي الفرق .

[2] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١١٩،البيان ٧/ ٢٠٠.

[٧٦] مســألــة

قال الشّافعيّ رحمه الله: ((أَوْ نَخْلاً أوْ دَوَابّ يَطْلُبُ ثمرَ النّخْلِ ،وَنَتَــاجَ الْــدَّوَابِّ وَحَبْس رِقَابَهَا)) [١] .

وهذا كما قال.

إذا قارضه على أن يشتري شجراً ،أو ماشيةً وغلاماً يحبس رقبتـــه ،وينتفـــع بثمـــر النخل ،ونتاج الدَّابَّة ،وأجرة الغلام كان القراض فاسداً [٢] ؛لأنّ موضوع القـــراض على أنّ العامل يتصرَّف في رقاب المال،وهذا خلاف موضوعه . [٣]

ولأنّ هذا العقد والإجارة الفاسدة أشبه؛لأنّه شرط له عوضاً علـــى عملـــه ورقبـــة المال /قائمة [٤] بحالها ،فالإجارة إذا كانت الأجرة [بها] [٥] مجهولة لم تصـــحّ [٦] كذلك هذا.

ولأنّه شرطٌ ليس بمصلحة للعقد ينافي مقتضاها، فوجب أن لا يصح العقد معه،كما لو شرط أن لا يسلِّم المبيع [٧] ،والله أعلم بالصَّواب.

---

[١] مختصر المزني ص١٣٣، وفيه(ويحبس رقابها) .

[٢] انظر/ الحاوي ٣١٤/٧،التهذيب ص٨٦،بحر المذهب ٩/ل ١١٩،البيان ٢٠٠/٧.

[٣] وبنحوه في الحاوي ٣١٤/٧،بحر المذهب ٩/ل ١١٩،البيان ٢٠٠/٧.

[٤] قوله (قائمة) بداية ٨/ل/ ٨ أ من نسخة ب.

[٥] [بها] ساقطة من أ

[٦] كما سيأتي في كتاب الإجارة.

[٧] كما تقدم ص٥١٣.

[٧٧] مسـألـة

قال الشّافعيّ رحمه الله : ((فَإِنَ فَعَلَ فَذَلِكَ كُلُّهُ فَاسِدٌ فَإِنْ عَمِلَ [1] فَلَهُ أَجْـرَة مِثْلِهِ وَالرِّبح [وَالْمَالُ] [2] لِرَبِّ المال [3])). [4]

وهذا كما قال.

إذا وقع القراض فاسداً فالكلام فيه في **ثلاثة فصول**:

في تصرُّف العامل ، وفي الرِّبح ، وفي أجرة العامل.

فأمّا تصرُّفه فيه ببيع وإكراء صحيح، [5] وإن كان القراض فاسداً [6] ؛لأنّ القـراض الفاسد يشتمل على إذن بالتَّصرُّف وشرط،فإذا بطل[الشرط] [7]كان الإذن باقيـاً، والفساد في غيره ؛فلهذا صحّ تصرُّفه، [8]كالتَّصرُّف من الوكيل بالوكالة الفاسدة. [9]

فإن قالوا: هلّا قلتم :إنّ تصرُّفه في القراض الفاسد لا يصـحُّ،وإن كـان يصـحُّ في الصحيح كما قلتم في البيع أنّ المشتري إذا ابتاع شيئاً ابتياعاً فاسداً لم يملك بيع مـا ابتاعه؟ [10] هلّا قلتم هاهنا مثله ؟.

قلنا: الفرق بينهما واضح ،وذاك [11] أنّ المشتري يملك التَّصـرُّف فيمـا اشـتراه بالملك، فإذا لم يصحَّ البيع لم يوجد الملك؛ فلهذا لم يصح تصرُّفه ،وليـس كذلـك

---

[1] من قوله في المتن (فَإِنْ عَمِلَ- إلى قوله في الشرح (وقع القراض فاسداً)ساقط من نسخة ب.

[2] [المال] زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٣.

[3] في المطبوع (لربه)ص١٣٣.

[4] مختصر المزني ص١٣٣،وتمامه : (قال: ولو اشترط أن يشتري صنفاً موجودًا في الشتاء والصيف فجائز).

[5] في ب(فصحيح)

[6] انظر/ الحاوي ٣١٥/٧،المهذب ٢٢٣/٢،التهذيب ٨٧،الوجيز ٢٢٣/١،الروضة ١٢٥/٥.

[7] [الشرط]زيادة من نسخة ب .

[8] انظر/ الحاوي ٣١٥/٧،المهذب ٢٢٣/١،البيان ٢٣٠/٧،فتح العزيز ٢٠/٦.

[9] انظر/ فتح العزيز ٢٠/٦،الروضة ١٢٥/٥،مغني المحتاج ٣١٥/٢،ونهاية المحتاج ٢٣١/٥.

[10] انظر/ البيان ٢٣٠/٧.

[11] في ب (ذلك)

القراض؛لأنّ العامل يملك التّصرُّف بالإذن،والإذن موجود ،والفساد من ناحية أخرى ؛فلهذا كان تصرفه نافذاً .[1]

٦/ل٢٢ب

وأمّا[2] الرِّبح: فكلّه /لربّ المال[3] ؛لأنّ العامل يتصرّف له ،ويشتري له فيقع الملك له،وإنّما يستحق العامل حصَّته بالشَّرط ،فإذا بطل الشَّرط بطل الاستحقاق،[4] كالمساقاة إذا كانت فاسدة .[5]

ولأنّا قد قرّرنا أنّه كالوكالة الفاسدة لربّ المال ،[6]كذلك هذا مثله.

وأمّا الكلام في أجرته :فللعامل مثل أجرة عمله على المال ،سواء كان في المال ربح ،أو لا ربح فيه،هذا قولنا. [7]

---

[1] انظر/ البيان ٢٣١/٧،فتح العزيز ٢٠/٦،مغني المحتاج ٣١٥/٢.

[2] قوله (وأمّا الرِّبح فكله –إلى قوله –كانت فاسدة)ساقط من ب.

[3] انظر/ الأم ١٠/٤،الحاوي ٣١٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٠،التنبيه ص١١٩،الوجيز ٢٢٣/١،المنهاج مع مغني المحتاج ٣١٥/٢.

[4] انظر/ المهذب ٢٢٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٠،فتح العزيز ٢٠/٦.

[5] وسيأتي مزيد تفصيل في كتاب المساقاة ص٦٧٤.

[6] كما تقدم ص٥٢٣.

[7] انظر/ الأم ١٠/٤،الحاوي ٣١٥/٧،المهذب ٢٣٣/٢،الوجيز ٢٢٣/١،البيان ٢٣١/٧.

-وهذا الحكم مطرد في جميع صور الفساد إلا إذا قال رب المال قارضتك على أن جميع الربح لي ،وقلنا إنّه:قارض فاسد لا إبضاع ففي استحقاق العامل أجرة المثل وجهان :

الأوّل: يستحق كما في سائر باب الفساد .

الثّاني :لايستحق ؛لأنّه عمل مجاناً،وهو الأصح .

انظر/ فتح العزيز ٢٠/٦،الروضة ١٢٥/٥،المنهاج مع مغني المحتاج ٣١٥/٢،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٦٨/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٥٢.

وقال مالك: إن كان في المال ربح فله أجرة مثله،وإن لم يكن هناك ربح فلا شيء له؛ [1] لأنّه إنّما دخل على أنّ له العوض بشرط أن يكون في المال ربح، فإذا لم يكن فيه ربح وجب أن لا يستحق شيئاً ،كالقراض الصحيح. [2]

وهذا غلط؛لأنّه عمل في قراض فاسد ،فوجب أن يستحق أجرة مثله، كما لو كان في المال ربح. [3]

ولأنّ العامل بذل عمله في مقابلة ما شرط له- وهو سهم من الرِّبح- فإذا لم يسلَّم له ما شرط له اقتضى أن يرجع فيما له وهو/ التَّصرُّف [4] ،وقد فات ذلك فكان له بدل ما فات ،وهو أجرة المثل ،كما قلنا في البيع الفاسد ،فإنّه يجب على المشتري ردُّ العين إذا كانت قائمة، وبدلها إن كانت تالفة، [5]كذلك هاهنا.

فأمَّا ما قالوه من القراض الصحيح فالفرق بينهما: أنّه لمَّا لم يستحق المسمَّى-وإن كان أكثر من أجرة مثله-[6]جاز أن لا يستحق شيئاً إذا عَرِي عن الرِّبح ،حتى إذا كان له الفضل في الزيادة كان عليه الضرر مع [7] النقصان ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّه لو كان في المال فضل يزيد على أجرة المثل ،لم يكن له إلا أجرة المثل ،فكذلك إذا لم

---

[1] المذهب عند المالكية أنَّ للعامل قراض المثل إن كان في المال ربح ،فإن لم يكن في المال ربح فلا شيء للعامل.

إلا أن ابن حبيب من المالكية قال:له أجرة المثل من الربح إن كان في المال ربح ،وإن لم يكن في المال ربح فلا شيء له .

انظر/ الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٦/٢،عقد الجواهر الثمينة ٧٩٨/٢،الشرح الكبير ٢٨٣/٥.

[2] انظر/ الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٦/٢.

[3] وبنحوه في الحاوي ٣١٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٠،البيان ٢٣١/٧.

[4] قوله (التَّصرُّف)بداية ٨/ل/٨ من ب.

[5] انظر/ فتح العزيز ٢٠/٦.

[6] في ب (المثل).

[7] في أ (مع القصاص النقصان)

يكن فيه فضل استحق أجرة المثل، فيكون لمَّا لم تنفعه الزيادة لم يضره النقصان، [1] كالبيع سواء ،لمَّا لزم المشتري المسمَّى-وإن كان أكثر من قيمة المبيع- لزمه المسمَّى،وإن كان أقل من قيمته،وكذلك في البيع الفاسد لمَّا لم يلزم المسمَّى،وإن كان أكثر من قيمة المبيع ، لم تنقص عن قيمته إذا كان أقلَّ من قيمة المبيع. [2]

إذا ثبت هذا.فللعامل أجرة مثله على جميع المال .

فإن قيل: أليس قلتم إذا كان المال شركة بينهما فعملا فيه شركة فاسدة كان الرِّبح بينهما على قدر المال؟ فإذا كان المال نصفين كان لكلٍّ واحد منهما على صاحبه أجرة مثل عمله على ماله ،ولم يكن له أجرة / عمله على جميع المال [3] ،هلَّا قلتم في القراض مثله لو أنّه لا يستحق أجرة مثله على كلِّ المال ؟.

١٢٣/١/٦أ

قلنا: الفرق بينهما واضح ،وذاك أنّ مال الشركة بينهما نصفين، وإذا [4] عمل كلُّ واحد منهما على جميعه كان نصف عمله على مال نفسه،ولا يستحق الأجرة على عمله في مال نفسه؛ فلهذا لم يكن له أجرة مثله على مال صاحبه ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّه يعمل وحده على جميع مال القراض؛فلهذا استحق أجرة مثله على جميع المالُ ،فبان الفرق بينهما.

---

[1] وبنحوه في الحاوي ٣١٥/٧.

[2] ومثل له الماوردي في الحاوي: في من باع عبداً بمائة درهم بيعاً فاسداً وهو يساوي ألفاً ضمن المشتري بتلفه ألفاً ،وإن رضي البائع أن يخرج عن يده بمائة ؛لأنّه لو باعه بألف بيعاً فاسداً وهو يساوي مائة لم يضمن المشتري بتلفه إلا مائة كذلك في القراض الفاسد . ٣١٥/٧.

[3] انظر/ المهذب ١٥٨/٢،الوجيز ١٨٧/١،المنهاج مع مغني المحتاج ٢١٥/٢-٢١٦.

[4] في ب (فإذا).

[٧٨] مسـألـة

قال: ((وَإِذَا سَافَرَ كَانَ لَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ مِنَ الْمَالِ مِنْ يَكْفِيهِ بَعْضَ الْمَؤْونَةِ، مِنَ الأَعْمَالِ الَّتِي لا يَعْمَلُهَا الْعَامِلُ ،وَلَهُ النَّفَقَةُ بِالْمَعْرُوفِ)). [١]

وهذا كما/ قال [٢] .

إذا دفع إلى رجل مالاً قراضاً لم يخلُ العامل من أحد أمرين:

إمَّا أن يكون مقيماً ،أو مسافراً.

فإن كان مقيماً ،فلا يخلو تصرفه فيه من أن يكون عملاً يتولّاه بنفسه ،أو يتولّاه غيره.

فإن كان مما يجوز أن يتولّاه بنفسه مثل طيِّ الثوب ونشره وحلّ الكيس،وشدِّه ،وغلق الصندوق وفتحِه ، لم يجز أن يكتري من يفعل هذا [٣] ؛لأنّ مقتضى العقود المطلقة هو العرف والعادة،وليس العادة أن يكتري الإنسان من يشدُّ له كيساً ،أو يطوي له ثوباً ؛فلهذا قلنا ليس له ذلك. [٤]

وأمَّا إذا كان مما لا يتصرَّف مثله فيه ،مثل النداء على الثَّوب في السوق،وحمل الثياب،وفتح الحاسار [٥] وغلقه،فإنّه له أن يكتري من يفعل ذلك له [٦] ؛لأنّ العادة لم تجر أن يفعل البزاز [٧] هذه الأمور بنفسه.

فإن خالف واكترى مالا يجوز أن يُكْتَرى فيه، مثل حلّ الكيس وختمه كان الضَّمان عليه؛لأنّه قد تعدَّى . [٨]

---

[١] مختصر المزني ص١٣٣.

[٢] قوله (قال) بداية ٨/٩ل/ أ من ب .

[٣] انظر/ الحاوي ٣١٨/٧،الوسيط ١٢٠/٤،بحر المذهب ٩/ل ١٢٠،التهذيب ص٩٢،البيان ٢٠٣/٧.

[٤] انظر/ الحاوي ٣١٨/٧،الوسيط ١٢٠/٤،البيان ٢٠٣/٧،نهاية المحتاج ٢٣٥/٥.

[٥] لم يتضح لي المعنى .

[٦] انظر/ الحاوي ٣١٨/٧،الوجيز ٢٢٤/١،التنبيه ص١١٩،بحر المذهب ٩/ل ١٢٠،فتح العزيز ٣٢/٦.

[٧] البزاز :هو البائع لمتاع البيت من اثياب ونحوها .

انظر/ القاموس المحيط ص٤٥٣،المصباح المنير ص١٩.

[٨] انظر/ بحر المذهب ٩/ل١٢٠،البيان ٢٠٣/٧،فتح العزيز ٣٢/٦.

وإن لم يكتر فيما يجوز له أن يُكْتَرى في مثله، مثل النداء ،أو حمل الرِّزْمَة [1] من الدُّكان فهذا لا أجرة له؛[2]لأنّه قد تطوَّع له [3] ،وليس له أن ينفق على نفسه من مال القراض شيئاً ،بل تكون نفقته من خاص ماله. [4]

وأمَّا إن كان مسافراً فقد ذكر الشّافعيّ رحمه الله :أنّه لا يجوز له أن يسافر بمال القراض إلا بإذن مالكه. [5]

وحكي عن مالك [6] وأبي حنيفة: أنّه يجوز له السفر بمال القراض بغير إذن مالكه. [7]

---

[1] الرِّزْمة : من الثياب ما شُدَّ في ثوب واحد،وهي الكارة ،والجمع رِزَم مثل سِدرة وسِدْر ،ورزَّمتُ الثياب بالتشديد جعلتها رِزَماً،ورَزَمْتُ الشئ رَزْماً من باب قتل جمعته .

انظر/ لسان العرب ٢٣٩/١٢،المصباح المنير ص٨٦.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٠،البيان ٢٠٣/٧،الروضة ١٣٥/٥، مغني المحتاج ٣١٨/٢.

[3] في ب (به).

[4] انظر/ الحاوي ٣١٨/٧،التهذيب ص٨٩،المنهاج مع مغني المحتاج ٣١٧/٢.

[5] كما ذكره في المختصر ص١٣٣.

و انظر/ الحاوي ٣١٧/٧،البيان ٢١١/٧، حلية العلماء ٣٣٩/٥،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٦٧/٢.

[6] وهو المشهور من مذهب المالكية.

وقال ابن حبيب: لا يسافر إلا بإذن رب المال.

وقال سحنون: لا يسافر بالقليل سفراً بعيداً إلا بإذن ربه.

انظر/ الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٩/٢،المنتقى للباجي ١٧٣/٥،عقد الجواهر الثمينة ٨٠٥/٢،شرح الزرقاني ٤٤٩/٣-٤٥٠.

[7] وهو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ،وأبي يوسف في رواية محمد عنه وهو المذهب ،وفي رواية أصحاب الإملاء عنه ليس له أن يسافر بمال القراض .

انظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٥،المبسوط ٣٩/٢٢-٤٠،مختصر اختلاف العلماء٤١/٤،بدائع الصنائع ١٢٣/٥.

وبـــنى أبـــو حنيفـــة ذلـــك علـــى أصلـــه وأنّ للمــــــودَع أن يسافر بالوديعة.[1]

فالمذهب: أنّه لا يجوز أن يسافر بها،[2] ولا فرق عندنا بين مـــال القــراض وبـــين /الوديعة.

٦/ل

إذا ثبت هذا. فسافر بإذن صاحب المال، فليس له أن يستأجر على العمـــل الـــذي يصلح أن يعمله بنفسه ،كختم الكيس ونحوه،ويجوز أن يستأجر على حطّ الأحمـــال ورفعها ،ونحو ذلك مّمَا لم تجر العادة أن يفعله بنفسه ،فإن خالف فـــالحكم في ذلـــك كحكم الحاضر سواء.[3]

وأمّا النفقة التي يحتاج إليـــها العـــامل في ســـفره فنقـــل المـــزني :أنّ لـــه النفقـــة بالمعروف.[4]

وروى البويطي[5] عن الشّافعيّ رحمه الله قال :ليس للعامل أن ينفق /من[6] مـــال القراض حضراً كان، أو سفراً.[7]

---

[1] وهذا عند أبي حنيفة ،وعند أبي يوسف ومحمد إن كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها ،وإن كـان لم يكن يملك المسافرة بها .

انظر/ بدائع الصنائع ٥/٣١٠.

[2] انظر/ مختصر المزني ص ١٥٩،التنبيه ص١١١،بحر المذهب ٩/ل ١٢٠.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٠-١٢١،البيان ٧/٢١١-٢١٢،الروضة ٥/١٣٥.

[4] مختصر المزني ص١٣٣. وتقدم نصه في رأس المسألة .

وانظر/ التهذيب ص٩٠،بحر المذهب ٩/ل ١٢١،البيان ٧/٢١٢.

[5] البويطي : الإمام العلامة سيد الفقهاء أبو يعقوب يوسف بن يحيى القرشي المصري البويطـي صـاحب الإمام الشافعي لازمه مدة وتخرج به وفاق الأقران ،وحدث عن ابن وهب ،والشافعي وغيرهمـا ،روى عنه الربيع المرادي ،وإبراهيم الحربي ،ومحمد بن إسماعيل الترمذي ،وأبو محمد الدارمي ،وأبو حاتم. مات الإمام البويطي في قيده مسجوناً بالعراق في سنة إحدى وثلاثين ومائتين.

سير أعلام النبلاء ١٢/٥٨،طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه ١/٧١.

[6] قوله (من) بداية ٩/ل٩ب من نسخة ب.

[7] انظر/ الحاوي ٧/٣١٨،التهذيب ص٩٠،البيان ٧/٢١٢،فتح العزيز ٦/٣٢،الوسيط ٤/١٢١.

واختلف أصحابنا في هذه المسألة على وجهين : [1]

منهم من قال: لا يجوز له أن ينفق بحال؛لأنّه قد أخذ في مقابلة تصرُّفه قسطاً من الرِّبح ،فليس له أخذ شيء آخر.

ولأنّه لما لم يجز له أن يأخذ منه في الحضر فكذلك في السفر.

وقول الشَّافعيّ رحمه الله :إن [2] ينفق بالمعروف، أراد به النفقة على المتاع في استئجار من يحتاج إلى استئجاره. [3]

ومنهم من قال: في المسألة قولان: [4]

أحدهما: لا يجوز له أن ينفق بحال . [5]

والثّاني: يجوز له أن ينفق ؛ [6]لأنّ السفر إنّما يكون لأجل المال،ويفارق هذا إذا كان في الحضر؛لأنّ مقامه لا يكون لأجل المال ؛فلهذا لا يكون له النفقة من المال. [7]

فإذا قلنا: ليس له أن ينفق منه فلا كلام.

وإن قلنا: له أن ينفق منه، فما القدر الذي ينفقه [منه] ؟ [8]

---

[1] أي على طريقين .

انظر/ البيان ٢١٢/٧.

[2] في ب(أنّه).

[3] وهذا الطريق الأوّل .

وبه قال :أبو على بن أبي هريرة ،وأبو إسحاق المروزي .

انظر/ الحاوي ٢١٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢١،حلية العلماء ٣٣٩/٥،البيان ٢١٢/٧،فتح العزيز ٣٢/٦.

[4] وهو قول أبي الطيب بن سلمة ،وأبي حفص بن الوكيل .

انظر/ الحاوي ٢١٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢١،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٦٧/٢.

[5] وهو الأظهر .

انظر/ فتح العزيز ٣٢/٦،الروضة ١٣٥/٥.

[6] انظر/ الحاوي ٣١٨/٧،المهذب ٢٣١/٢،الوسيط ١٢١/٤،البيان ٢١٢/٧.

[7] وبنحوه في الوسيط ١٢١/٤،بحر المذهب ٩/ل ١٢١.

[8] [منه] زيادة من ب.

فيه وجهان:

أحدهما: ينفق جميع ما يحتاج إليه في سفره من مأكول وملبوس ومَؤُونة.[1]

والثّاني: أنّه [2] ينفق القدر الزائد على نفقته في الحضر ،وما عدا ذلك يكون من مال نفسه، كما لو كان في الحضر. [3]

إذا ثبت هذا:فقد خرج في نفقة العامل إذا سافر بمال القراض **ثلاثة أوجه**:

أحدها: أنّه لا يجوز له الإنفاق منه بحال . [4]

والثّاني: أنّه ينفق منه جميع ما يحتاج إليه.

والثالث: أنّه ينفق منه القدر الزائد على نفقة الحضر.

---

[1] انظر/ المهذب ٢٣١/٢،التهذيب ص ٩١بحر المذهب ٩/ل ١٢١،البيان ٢١٢/٧،حلية العلماء ٣٤٠/٥.

[2] (أنّه)ساقطة من نسخة ب.

[3] وهو الأصح .

انظر/ حلية العلماء ٣٤٠/٥،فتح العزيز ٣٢/٦،الروضة ١٣٥/٥.

[4] وهو الأظهر كما تقدم .

[٧٩] مسـألـة

قال رحمه الله: ((**وَإِنْ خَرَجَ بِمَالٍ لِنَفْسِهِ كَانَتِ النَّفَقَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ بِالْحِصَصِ**)) .[١]

وهذا كما قال.

إذا خرج مع مال القراض بمال لنفسه .

فإن قلنا: ليس له الإنفاق من مال القراض إذا خرج به وحده، [٢] فهاهنا أيضاً جميع ما ينفقه يكون من ماله.

وإن قلنا: إنّ هناك ينفق جميع ما يحتاج إليه من مال القراض فهاهنا النفقة تُقَسَّط على المالين بقدرهما فما يخص مال القراض يأخذه منه/،والباقي يكون من مال نفسه. [٣]

٦/ل٢٤أ

وإن قلنا: هناك يأخذ من مال القراض ما يزيد على مؤونته في الحضر [٤] فهاهنا قدر نفقة الحضر يكون في ماله والباقي يكون على قدر المالين . [٥]

---

[١] مختصر المزني ص١٣٣.

[٢] كما تقدم ص٥٢٩-٥٣٠.

[٣] الحاوي ٧/٣٢٠،الوسيط ٤/١٢١،التهذيب ص٩٢،البيان ٧/٢١٣،فتح العزيز ٦/٣٣.

-قال الإمام ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالين ويوزع على أجرة مثلهما .

وقال أبو الفرج السرخسي وأبو علي : إنما يوزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له .

انظر/ البيان ٧/٢١٣،فتح العزيز ٦/٣٣،الروضة ٥/١٣٥-١٣٦.

[٤] وقد تقدم ص٥٣١.

[٥] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٢.

فــــرع

/إذا دفع [1] ربّ المال إلى العامل ألفين متميِّزتين ،وقارضه على أن يكون ربح أحـد الألفين له ،وربح الألف الأخرى للعامل، قال أبو العباس [2] : لا يصـــح [3] ؛لأنّ مقتضى عقد القراض أن يشارك العامل ربّ المال في كلّ جزء من الرِّبـــح، وهاهنـــا يدخل الفساد على العقد من انطريقين؛لأنّ كلّ واحد منهما ينفرد بربـــح الألـــف لا يشاركه صاحبه فيه،وهذا خلاف مقصود القراض فلا يصحُّ.

---

[1] قوله (إذا دفع)بداية ٨/ل/١٠أ من نسخة ب.

[2] هو أبو العباس بن سريج تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[3] انظر/ التهذيب ص٧٤،الوسيط ١١٢/٤،فتح العزيز ١٧/٦،مغني المحتاج ٣١٣/٢،حلية العلماء ٣٤٠/٥.

فـــرع

إذا دفع إليه ألفين مختلطتين على أن يكون ربح إحدى الألفين للعامل ،وربح الألف الأخرى لربِّ المال قال أبو العباس: [1] لا يصح. [2]

وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور: [3] أنّه يصح[4]؛لأنّ الألفين إذا كانتا مختلطتين وشرطا أن يأخذ كلٌّ واحد منهما ربح ألف منهما فهو كما لو شرطا أن يكون الرِّبح بينهما نصفين ،وذلك صحيح. [5]

وقال أبو العباس:هذا غلط؛لأنّه إذا شرط أن يكون ربح الألف له، وربح ألف للعامل ،فقد شرط أن ينفرد كلٌّ واحد منهما بربح ألف لا يشاركه صاحبه فيها،وهذا خلاف مقصود القراض فلم يصح؛لأنّ ما من المال شيء إلا ويجب أن يشتركا في ربحه ليصح عقد القراض،فإذا أفرد أحدهما بربح شيء لم يشاركه الآخر فيه بطل العقد [6] ،والله أعلم.

---

[1] هو ابن سريج تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[2] وهو الأصح .

وفي وجه أنّه يصح كقوله نصف ربح الألفين لك .

انظر/ التهذيب ص٧٤،الوسيط ١١٢/٤، البيان ١٩٤/٧،فتح العزيز ١٧/٦،الروضة ١٢٤/٥.

[3] تقدمت ترجمته ص١٤٧.

وانظر/ قوله في البيان ١٩٤/٧حلية العلماء ٣٤٠/٥.

[4] في النسختين (لا يصح)والصواب (أنّه يصح)كما يدل عليه كلام المصنف الآتي .

[5] وهو وجه عند الشّافعيّة كما تقدم في التعليق رقم (٢).

[6] وبنحوه في التهذيب ص٧٠، البيان ١٩٤/٧،فتح العزيز ١٧/٦.

[٨٠] مسألة

قال الشّافعيّ رحمه الله: ((**وَمَا اشْتَرَى فَلَهُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ،وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ**)) . [(١)]

وهذا كما قال.

إذا اشترى العامل بمال القراض شيئاً ثم وجد به عيباً كان له الردُّ؛لأنّ العامل في القراض كالوكيل، وهو قائم مقام ربِّ المال في طلب الحظِّ،فإذا وجد به عيباً كان له الردُّ [(٢)] ،كما لو كان المشتري ربُّ المال نفسه.

ولأنّ المقصود من عقد القراض طلب الرِّبح،والعيب ينافيه،وإذا كان العيب ينافي المقصود كان له الردُّ .

إذا ثبت هذا:فإن كان ربُّ المال غائباً فإنّ للعامل أن يطلب الحظّ لنفسه ولربِّ المال فإن رأى الإمساك أمسك،وإن رأى الردَّ ردَّ. [(٣)]

وإن كان ربُّ المال حاضراً و اتفقا على الردِّ أو الإمساك [(٤)] كان لهما ذلك،[(٥)]وإن اختلفا في الردِّ والإمساك كان القول قول [(٦)] من الحظُّ معه [(٧)] ؛لأنّ كلّ واحد منهما له تعلُّق بهذا العقد،فللعامل بعض الرِّبح/ولربِّ المال بقيَّته، فكان لكلِّ واحد منهما /طلب الحظِّ فيه. [(٨)]

هذا الكلام في القراض .

٦/أ

---

(١) مختصر المزني ص١٣٣.

(٢) انظر/ الحاوي ٣٢١/٧،المهذب ٢٣٠/٢ ،بحر المذهب ٩/ل ١٢٢،الوجيز ٢٢٣/١.

(٣) انظر/ المهذب ٢٣٠/٢،التهذيب ص٩٦،الروضة ١٢٧/٥،مغني المحتاج ٣١٦/٢.

(٤) من قوله (أو الإمساك–إلى قوله – اختلفا في الرد)ساقط من نسخة ب .

(٥) انظر/ الحاوي ٣٢١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٢،البيان ٢٠٩/٧.

(٦) قوله (طلب الحظ) بداية ٨/ ١٠ب من نسخة ب.

(٧) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٢، الوسيط ١١٦/٤،المنهاج مع مغني المحتاج ٣١٦/٢.

(٨) انظر/ مغني المحتاج ٣١٦/٢،نهاية المحتاج ٢٣٣/٥.

قال الشّافعيّ رحمه الله: ((**وكذلك الوكيل**)). [1]وهذا صحيح؛لأنّ الوكيل يجري مجرى العامل في القراض، وحكمه كحكمه في الردّ بالعيب إلا في شيء واحد :وهو إذا وجد بالسلعة عيباً واختلف هو و الموكّل في الرَّدّ والإمساك ،فإنّ القول قول الموكّل في ذلك دون الوكيل [2] ؛لأنّ الوكيل لا تعلّق له بالعقد ،وإنّما هو نائب عن الموكّل وقائم مقامه.

والفرق بين هذه المسألة وبين مسألة القراض: هو أنّ العامل في القراض له تعلُّق بالعقد،كما أنّ لربّ المال تعلُّقاً به فلم يكن لأحدهما أن ينفرد بالرَّدّ،وليس كذلك في الوكالة؛لأنّ الوكيل لا تعلُّق له بهذا العقد،وإنّما هو قائم مقام موكّله وحكم العقد يتعلّق بالموكّل وحده. [3]

فإن قيل: أليس قلتم في الرجلين إذا اشتركا في ابتياع سلعة ، ثم وجدا بالسلعة عيباً فإنّ لكلّ واحد منهما الرَّدّ دون صاحبه؟ [4]هلّا قلتم في الوكالة و القراض مثله؟.

قلنا: الفرق بين الشريكين وبين الوكيل وموكّله واضح،وذاك أنّ الشريكين إذا اشتريا في عقد واحد سلعة صفقة واحدة فهما في حكم العقدين المفردين، ولكلّ عقد حكم نفسه ،ولو [5] اشتريا في عقدين [6] منفردين كان لكلّ واحد منهما الرَّدُّ دون صاحبه ،كذلك إذا اشتريا في عقد واحد صفقة واحدة،وليس كذلك [7] الوكيل والموكّل؛لأنّ الوكيل نائب عن موكّله يشتري له بماله وليس له تعلُّق بالعقد [8]

---

[1]وهو نصه في رأس المسألة .

[2] فإذا نهاه الموكل عن الرد أو الإمساك فليس للوكيل الرد .
انظر/ الحاوي ٣٢١/٧،فتح العزيز ٢٢/٦،الروضة ١٢٧/٥.

[3] وبنحوه في الحاوي ٣٢١/٧،فتح العزيز ٢٢/٦.

[4] انظر/ مختصر المزني ص١١٩،مغني المحتاج ٢١٦/٢.

[5]في ب (فلو).

[6]في ب(عقد).

[7] (كذلك) ساقطة من نسخة ب .

[8] وبنحوه في مغني المحتاج ٢٢٦/٢.

؛فلهذا كان للموكّل أن يردّ من غير رضى الوكيل ،وليس للوكيل أن يردّ من غير رضى الموكّل[1].

وأمّا القراض فالفرق فيه واضح،وذلك أنّ ربّ المال والعامل حقُّ كلٍّ واحد منهما متعلّق بحقّ صاحبه، لا يستحقُّ العامل من /الرِّبح شيئاً [2] حتى يسلّم لربّ المال رأس ماله ؛ فلهذا اعتبر كلٌّ واحد منهما في حكم الرَّدّ،فبان الفصل بينهما.

هذا إذا كان الموكّل حاضراً.

فأمّا إن كان غائباً فللوكيل الرَّدُّ. [3] .

فإن قال له البائع: أخِّر الرَّدّ فلعلّ الموكّل يرضى به معيباً ، لم يكن عليه التأخير خوفاً من [4] أن لا يرضى الموكّل ،فيلزم ذلك الوكيل في نفسه. [5]

فإن قال البائع للوكيل: فقد رضي به الموكّل معيباً ،فالقول قول الوكيل؛لأنّ الأصل أنّه ما رضى [به] [6] و يثبت له الرَّدُّ . [7]

---

(1) كما تقدم في الصفحة السابقة.

(2) في ب (شيئاً من الربح) وكلمة الربح بداية ٨/ل/١١ أ، من نسخة ب .

(3) انظر/ المهذب ٢/١٦٩،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٢٢٦.

(4) (من) ساقطة من نسخة ب.

(5) انظر/ المهذب ٢/١٦٩،الروضة ٤/٣١١.

(6) [به]زيادة من ب.

(7) انظر/ المهذب ٢/١٦٩،الروضة ٤/٣١٢.

فـــــرع

٦/ل/٢٥أ

للعامل في القراض أن يشتري المعيب والسليم؛لأنَّ الغرض منه طلب الفضل/ والرِّبـــح وذلك يوجد في المعيب والسليم. [1]

ويفارق الوكيل؛لأنّ المقصود فيه مـــا يشـــتريه، والإنســـان لا يقصـــد أن يقتـــني المعيب ؛فلهذا لم يكن له شراء المعيب. [2]

---

[1] انظر/ التهذيب ص ٦٦،الوسيط ٤/١١٦،البيان ٧/٢٠٩،فتح العزيز ٦/٢٢.

[2] أمَّا في القراض فالمقصود الاسترباح وقد يكون الربح في المعيب .

انظر/ البيان ٧/٢٠٩،فتح العزيز ٦/٢٢.

[٨١] مسـألـة

قال رحمه الله : ((فَإِن اشْتَرَى وَبَاعَ بِالدَّيْنِ فَضَامِنٌ إلا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ [١])).

وهذا كما قال.

إذا دفع إليه مالاً قراضاً وقال له: بع نقداً أو نَساء [٢] ، بنقد البلد وغير [٣] نقد البلد ،جاز له جميع ذلك؛لأنّه قد نصّ عليه . [٤]

وإن قال له: تصرَّف كيف شئت ،واصنع ما ترى اقتضى ذلك ثلاثة أشياء:

أن يبيع بثمن مثله نقداً غير نساء بنقد البلد،[٥]كما قلنا في الوكالة. [٦]

وخالفنا أبو حنيفة في الفصول الثلاثة[٧]وقد مضى الكلام معه . [٨]

ونقول هاهنا:إنّ القصد من القراض الرِّبح والفضل، والبيع [٩] نَساء وبأقلّ من ثمن المثل يبطل الرِّبح والفضل؛[١٠]فلهذا لم يكن له ذلك.

فإن خالف العامل في البيع فباع بأقلّ من ثمن مثله، أو باع نَساء فالبيع باطل؛[١١]لأنّه باع مال غيره بغير حقٍّ، فأشبه إذا لم يكن عاملاً في القراض، فإن كان

---

(١) مختصر المزني ص ١٣٣ وفيه(وإن اشترى...).

(٢) النساء : التأخير .المعجم الوسيط ٢/٩١٦.

(٣) في ب (أو بغير).

(٤) انظر/ الحاوي ٧/٣٢٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٢،الوسيط ٤/١١٦،البيان ٧/٢٠٨،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٦٧.

-إذا أذن المالك في البيع نسيئة ففعل وجب الإشهاد فإن تركه ضمن.

انظر/ الروضة ٥/١٢٧،مغني المحتاج ٢/٣١٥.

(٥) انظر/ الحاوي ٧/٣٢٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٢،ومغني المحتاج ٢/٣١٥-٣١٦.

(٦) كما تقدم ص٥١١.

(٧) انظر/ المبسوط ٢٢/٣٨،مختصر اختلاف العلماء ٤/٤١.

(٨) في كتاب الوكالة من التعليقة الكبرى تحقيق :عبد اللطيف بن مرشد العوفي ص ٣٢٦-٣٣٣.

(٩) قوله (البيع نساء - إلى قوله -والفضل) ساقط من نسخة ب.

(١٠) انظر/ البيان ٧/٢٠٨.

(١١) انظر/الحاوي ٧/٣٢٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٢.

المبيع قائماً ردّه،وإن كان تالفاً ردّ القيمة، ولربِّ المال أن يطلب بالقيمة من شاء من العامل؛لأنّه تعدّى بالدّفع ،ومن المشتري ؛لأنّه قبضٌ من يد ضامنة .[1]

وأمّا إذا خالف العامل في الشِّراء فاشترى بغير ثمن مثله ،أو اشترى نَساء ،أو بغير نقد البلد لم يخلُ من أن/ يطلق [2]الشِّراء، أو يذكر أنّه يشتريه بالقراض:-

فإن أطلق العقد [صحَّ] [3] البيع به وحكم بالبيع له.[4]

والفصل [5] بين البيع والشِّراء من وجهين:

أحدهما: أنّه إذا باع فقد باع مال غيره [6] بغير حقٍّ؛ فلهذا بطل،وليس كذلك الشِّراء؛لأنّه إذا أطلق كان الظاهر أنّ ذلك له؛فلهذا صحَّ.

والثّاني: أنّه لو باع ذلك على أنّه له بطل ،فكذلك إذا باعه لغيره،وليس كذلك الشِّراء؛لأنّه لو اشترى لنفسه صحَّ، فكذلك إذا اشتراه لغيره و لم [7]يصح لذلك الغير لزمه في نفسه.

هذا إذا أطلق .

فأمّا إذا قيَّد فقال: اشتريته للقراض **ففيها وجهان:**

[أحدهما] [8] قال أبو إسحاق : [9] يصحُّ العقد،ويتعلّق به كما لو أطلق . [10]

وقال عامة أصحابنا: يبطل؛لأنّ العقد إذا عقد لجهة و لم يصح بطل،[1]والأوّل أصح.

---

[1] انظر/ المرجعين السابقين .

[2] قوله (يطلق) بداية ١١/٨ب من نسخة ب .

[3] [صح]ساقطة من أ.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٢،التهذيب ٩٥،الروضة ١٢٨/٥.

[5] أي الفرق.

[6] وهو رب المال .

[7] في ب(فلم).

[8] [أحدهما] ساقطة من أ .

[9] تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[10] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٢.

[٨٢] مسـألـة

قال رحمه الله : ((**وَهُوَ مُصَدَّقٌ فِي ذَهَابِ الْمَالِ مَعَ يَمِينِهِ**)) .[٢]

وهذا كما قال.

مال القراض أمانة في يد العامل[٣] ؛لمعنيين:

أحدهما: أنّه إنّما يشتري لربّ المال بإذنه، فهو كالوكيل.[٤]

والثّاني: أنّ عظم منفعته/ لربّ المال،وإنّما للعامل قسط من الرِّبح، فإذا كان عظم المنفعة لغيره كان أمانة في يده كالوديعة،[٥]وكالوكيل بغير جعل.

٦/أ

فإن قيل: هلّا قلتم إنّه ضامن كالمستعير؟[٦]

قلنا: الفصل بينهما أنّ المستعير قبض العين لينفرد بمنفعتها؛[٧] فكانت مضمونة كالقرض،والعامل قبضها وعظم منفعتها لربِّها، فكانت أمانة كالوكيل.

فإن قيل: هلّا قلتم إنّه صار[٨] كالأجير المشترك .[٩]

=

(١) قال الرُّوْياني في بحر المذهب: (والأقيس أنّه يبطل ،ولا ينفذ على العامل أيضاً) .٩/ل ١٢٢.
-وهذا كالخلاف في انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل .فتح العزيز ٢٢/٦،الروضة ١٢٨/٥.
-والأصح هناك :أنّه يقع للوكيل وهو العامل في مسألة القراض.
انظر/ الروضة ١٢٨/٤،المنهاج مع مغني المحتاج ٢٢٩/٢.

(٢) مختصر المزني ص١٣٣.

(٣) فلا يضمن شيء إلا بالتعدِّي.
انظر/ الحاوي ٣٢٣/٧،المهذب ٢٣٠/٢،التهذيب ص١٠٩،البيان ٢١٩/٧،تكملة المجموع للمطيعي ٣٨٧/١٤.

(٤) الوكيل أمين ،فلا يضمن من غير تفريط .
انظر/ المهذب ١٧٧/٢.

(٥) انظر/ المهذب ٢٣٣/٢،البيان ٢١٩/٧.

(٦) انظر/ التنبيه ص١١٣،إعانة الطالبين ١٣٠/٣،اللباب ص٢٥٣.

(٧) انظر/ البيان ٢٣٢/٧.

(٨) في ب (ضامن).

(٩) الأجير المشترك :هو الذي يعمل له ولغيره كالقصار الذي يقصر لكل أحد . المهذب ٢٦٧/٢.

=

قلنا: فيه قولان: [1]

أحدهما: أنّها في يده أمانة.

فعلى هذا لا فصل . [2]

والثّاني: أنّه يضمن. [3]

فعلى هذا الفرق بينهما: أنّ الأجير المشترك قبض العين فتعجّلت المنفعة لـــه ،وهـــي الأجرة ،فإنّه ملكها بالعقد وتأخّرت المنافع للمالك؛فلهذا كان مضموناً عليه،وليـــس كذلك في مسألتنا؛لأنّ المنافع تعجّلت لربّ المال ،وهي العمل على مالـــه،وتـــأخّرت منفعة العامل؛ فلهذا كان أمانة في يده.

إذا تقرّر/ هذا [4]فإن ادّعى أنّه قد ردّه [5] **على مالكه،فهل يقبل قوله أم لا ؟**

المذهب :أنّه يقبل قوله على ربّ المال [6] ؛لأنّه قبض الأمانة ومعظم منافعها لربّـــها ،فكان القول قوله في ردّها كالمودَع ،والوكيل بغير جعل.[7]

وقيل :هو الذي يتقبل العمل في ذمته ،كما هو عادة الخياطين والصواغين ،وقيل المشترك :هو الذي شـاركه في الرأي . وسيأتي الكلام عنه في كتاب الإجارة مفصلاً ص٨٧٦-٨٧٨.

انظر/ فتح العزيز ١٤٧/٦، الروضة ٢٢٨/٥،مغني المحتاج ٣٥٢/٢.

[1] وفي ضمان الأجير المشترك طريقان :

أصحهما :أن فيه قولين ،والطريق الثّاني :القطع بعدم الضّمان ،وسيأتي الكلام عنه ص٨٧٦.

انظر/ فتح العزيز ١٤٧/٦-١٤٨،الروضة ٢٢٨/٥.

[2] أي لا فرق بينهما

[3] وسيأتي الكلام عنه.

[4] قوله (هذا)بداية ٨/ل/١٢أ من نسخة ب.

[5] أي رأس مال القراض .

[6] هو الأصح .

انظر/ الحاوي ٣٢٣/٧،التنبيه ص٣٧١،البيان ٢٣٣/٧،الروضة ١٤٥/٥،تصحيح التنبيه ٣٧١/١

[7] انظر/ البيان ٢٣٣/٧.

ومن أصحابنا من قال: القول قول ربِّ المال [1] ؛لأنّه قبضها لمنفعة نفسه،وهـــو أنّ له قسطاً من الرِّبح فلم يقبل قوله في الرَّدِّ كالمرتهن والمستأجر.[2]

وجملته: أنّ الأمناء على ثلاثة ضربٍ:

منهم :من يقبل قوله في الرد قولاً واحداً،وهو المودَع والوكيل بغير جعلٍ.

ومنهم: من لا يقبل قوله قولاً واحداً،وهو المستأجر والمرتهن.

ومنهم: من فيه وجهان،وهو الوكيل بجعل،والعامل في القراض، والأجير المشـــترك إذا قلنا:إنّه أمين [3] ،وقد مضى هذا في الوكالة مستوفى [4]والله أعلم.

---

[1]انظر/ الحاوي ٣٢٣/٧، البيان ٢٣٣/٧،فتح العزيز ٤٦/٦.

[2] انظر/ البيان ٢٣٣/٧.

[3]انظر هذا التفصيل في الحاوي ٣٢٣/٧،البيان ٢٣٣/٧.

[4]في كتاب الوكالة من التعليقة الكبرى تحقيق :عبد اللطيف بن مرشد العوفي ص٢٥٦-٢٥٧.

[٨٣] مســألــة

قال الشّافعيّ رحمه الله : (([وَإِن اشْتَرَى] [١] مَنْ يَعْتِق عَلَــى رَبِّ الْمَــالِ بِإِذْنِــهِ عَتَقَ..الفصل إلى آخره)). [٢]

وهذا كما قال.

هذا الكلام يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: أن يشتري العامل من يَعْتِق على ربِّ المال.

والثّاني: إذا اشترى العبد المأذون له في التجارة أبا سيِّده.

والثّالث: إذا اشترى العامل من يَعْتِق عليه.

فإذا اشترى العامل من يَعْتِق على ربِّ المال :والذي يَعْتِق عليــه هــو العمــودان: الوالدون والمولودون،مثل: أن يشتري أباه، أو جدَّه، أو أمّه ،أو جدته، أو ولــده ،أو ولد ولده . [٣]

فلا يخلو :من أن يكون بإذنه ،أو بغير إذنه.

فإن كان بإذنه فالشِّراء صحيح [٤] ؛لأنّه يقوم مقامه، فكان كما لو اشتراه بنفسه/.

٦/ل/٢٦أ

---

[١] [وإن اشترى] زيادة من المطبوع ص١٣٣.

[٢] مختصر المزني ص١٣٣ وتمامه : (.وإن كان بغير إذنه، فالمضارِب ضامن ،والعبد له ،والمالك إنما أمــره أن يشتري من يحل له أن يربح في بيعه، فكذلك العبد المأذون له في التجارة يشتري أبا ســيده ،فالشــراء مفسوخ ؛لأنه مخالف ولا مال له. وقال في كتاب الدعوى والبينات في شراء العبد من يَعْتِق على مولاه قولان: أحدهما جائز والآخر لا يجوز. قال المزني: قياس قوله الذي قطع به أن البيع مفسوخ لأنه لاذمــة له، قال الشّافعيّ فإن اشترى المقارض أبا نفسه بمال رب المال ،وفي المال فضل أو لا فضل فيه فسواء، ولا يَعْتِق عليه؛ لأنه إنما يقوم مقام وكيل اشترى لغيره ،فبيعه جائز ،ولا ربح للعامل إلا بعد قبــض رب المال ماله ،ولا يستوفيه ربه إلا وقد باع أباه، ولو كان يملك من الربح شيئًا قبل أن يصير المال إلى ربــه كان مشاركاً له ،ولو خسر حتى لا يبقى، إلا أقل من رأس المال كان فيما بقي شريكًا ؛لأن من ملــك شيئًا زائدًا ملكه ناقصًا.).

(٣) انظر/ الحاوي ٣٢٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٣ ،نهاية المحتاج ٢٣٤/٥.

[٤] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١١٢/١ ،الحاوي ٣٢٣/٧،التهذيب ص٩٨،بحر المذهب ٩/ل ١٢٣.

فإذا صحَّ الشِّراء عتق العبد ؛لأنّه ملكه من يَعْتِق عليه بالملك ،فإذا عتق انفسخ القراض فيه؛[1]لأنّه خرج عن أن يكون مالاً.

ثم لا يخلو :من أن يكون جميع مال القراض،أو بعضه .

فإن كان جميعه فقد زال القراض، كما لو أتلفه مالكه. [2]

وإن كان بعض مال القراض مثل: أن يكون المال مائتين ،فاشتراه بمائة ،انفسخ القراض في المائة . [3]

هذا إذا كان بإذنه.

فأمَّا إذا /كان [4]بغير إذنه فلا يخلو :من أن يشتريه بعين المال،أو في الذِّمَّة.

فإن كان بعين المال فالشِّراء باطل؛ [5]لأنّه إنّما يشتري للقراض ما يطلب فيه الفضل والرِّبح ،وبشراء هذا تلف للمال . [6]

---

[1] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/١١٢،البيان ٧/٢٠٩،فتح العزيز ٦/٢٣،الروضة ٥/١٢٩.

[2] انظر/ التهذيب ص٩٨،بحر المذهب ٩/ل ١٢٣،البيان ٧/٢١٠،فتح العزيز ٦/٢٣.

[3] انظر/ التهذيب ص٩٨،بحر المذهب ٩/ل ١٢٣،البيان ٧/٢١٠،الروضة ٥/١٢٩.

-هذا إذا لم يكن في المال ربح فإن كان في المال ربح بني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح؟

إن قلنا: بالقسمة عتق أيضاً وغرم لمالك نصيبه من الربح ،وكأنّه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح.

وإن قلنا :يملك بالظهور عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح ،وسرى إلى الباقي إن كان موسراً ويغرمه ،وإن كان معسراً بقي رقيقاً.

وفي وجه :إذا كان في المال ربح وقد اشتراه ببعض المال نظر :

إن اشتراه بقدر رأس المال عتق ،وكان المالك استرد المال والباقي ربح يتقاسمانه، وإن اشتراه بأقل حُسب من رأس المال، أو بأكثر، حُسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن .

والصحيح الأوّل.الروضة ٥/١٢٩.

و انظر/ فتح العزيز ٦/٢٣،مغني المحتاج ٢/٣١٧.

[4] قوله (كان) بداية ٨/ل/١٢ب من نسخة ب.

[5] انظر/ الحاوي ٧/٣٢٤،بحر المذهب ٩/ل ١٢٣،البيان ٧/٢١٠،فتح العزيز ٦/٢٤.

[6] انظر/ الوسيط ٤/١١٧،البيان ٧/٢١٠،فتح العزيز ٦/٢٤.

وإن كان الشِّراء في الذِّمَّة صحَّ العقد للعامل؛ [1]لأنَّه إذا لم يصحَّ لمن اشتراه له لزمـــه كالوكيل،وليس له أن ينقد من مال القراض،فإن فعل فعليه الضَّمان . [2]

[1] انظر/ الحاوي ٣٢٢/٧،البيان ٢١٠/٧.

[2] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١١٢/١،فتح العزيز ٢٤/٦.

فـــــرع

إذا كان ربُّ المال امرأة ولها [1] زوج مملوك ،فاشترى العامل زوجها للقراض،فـــهل يصحُّ الشِّراء أم لا ؟.

فيه وجهان: [2][3]

أحدهما: يصحُّ [4] ،وإليه ذهب أبو حنيفة. [5]

والثَّاني: لا يصحُّ .[6]

فإذا قلنا: يصحُّ فوجهه: أنّ المقصود من القراض طلب الرِّبح والفضل،وقد يطلـــب ذلك بشراء زوجها، كما يطلب بشراء غيره ، [7] ويفـــارق إذا اشـــترى أباهـــا؛لأنّ الفضل لا يطلب به، فإنّه يُذْهِب رأس المال والرِّبح.

وإذا قلنـــا: لا يصـــحُّ فوجهـــه: أنّ ربّ المـــال يســـتضرُّ بذلـــك؛لأنّ نكاحـــها ينفسخ [8] ،ونفقتها تسقط [9] فهو كما لو اشترى أباها.

وإذا قلنا: يصحُّ الشِّراء فلا فرق بين أن يكون بإذنهـــا؛ أو بغـــير إذنهـــا، وينفســـخ نكاحها،وتسقط نفقتها.

---

[1] في ب(لها)بدون الواو .

[2] في ب (قولان).

[3] وذلك إذا كان الشراء بغير إذنها .أمَّا إذا كان بإذنها فيصح الشراء ،ويبطل النكاح .

انظر/ التهذيب ص١٠٣،حلية العلماء ٣٣٨/٥.

[4] انظر/ الحاوي ٧/ ٣٢٤،المهذب ٣٢٠/٢، الوسيط ١١٧/٤، حلية العلماء ٣٣٩/٥،المعاني البديعـــة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٦٧/٢.

[5] انظر/ حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٥٣٠/٥.

[6] قال النووي: (والأصح المنصوص المنع)الروضة ١٢٩/٥-١٣٠.

و انظر/ البيان ٢١١/٧،فتح العزيز ٢٤/٦،المنهاج مع مغني المحتاج ٣١٧/٢.

[7] انظر/ المهذب ٢٣٠/٢،البيان ٢١١/٧،فتح العزيز ٢٤/٦.

[8] لأنَّ ملك المرأة لزوجها مبطل للنكاح ،وغير موجب للعتق .الحاوي ٣٢٤/٧.

[9] انظر/المهذب ٢٣٠/٢،الروضة ١٣٠/٥،مغني المحتاج ٣١٧/٢.

وإذا قلنا: لا يصحُّ فالحكم فيه كما لو اشترى من يَعْتِق عليها. [1]

فإن كان بإذنها صح،وانفسخ النكاح و القراض بحاله. [2]

وإن كان بغير إذنها نظر:فإن اشتراه بعين المال فالشِّراء باطل؛لأنّه اشترى بعين مـــال غيره ما لم يؤذن له فيه،وإن كان الشِّراء في الذِّمَّة صحَّ للعـــامل [3] كـــالوكيل إذا اشترى لموكِّله ما لا يصحُّ أن يشتريه له ،فإنّه يقع للوكيل . [4]

هذا الكلام في الفصل الأوَّل.

فأمَّا الفصل الثَّاني: وهو إذا أذن لعبده في التجارة فاشترى العبد أبا السَّيِّد،فلا يخلـــو: أن يكون اشتراه بإذنه ،أو بغير إذنه.

فإن كان بإذنه صحَّ الشِّراء؛لأنّه أقامه مقام نفسه في التَّصرُّف،[5]ولو اشـــترى أبـــاه بنفسه صحَّ، فكذلك إذا اشتراه له بإذنه.[6]

فإذا ثبت أنّ الشِّراء صحيح فإن لم يكن على العبد دَيْن عتق عليه/؛لأنّه ملك أبـــاه و لم يتعلّق حقُّ الغير به . [7]

٦/ل/٢٦ب

وإنْ كان على العبد دَيْن،**فهل يَعْتِق الأب أم لا ؟**

في ذلك /قولان [8]:بناء على عتق الراهن إذا أعتق عبده المرهون [9] هل يَعْتِق أم لا ؟

---

(1) المتقدم ص٥٤٤.

(2) انظر/ الحاوي ٣٢٤/٧،الروضة ١٣٠/٥.

(3) انظر/ البيان ٢١٠/٧-٢١١.

(4) وقد تقدم ص٥٤٦.

(5) انظر/ المهذب ٢٣٦/٢،البيان ٢٤٢/٧.

(6) انظر/ الحاوي ٣٢٤/٧، المهذب ٢٣٦/٢،التهذيب ص٩٩،الوجيز ٢٢٣/١.

(7) انظر/ المهذب ٢٣٦/٢،التهذيب ص٩٩، البيان ٢٤٢/٧، حلية العلماء ٣٥٩/٥،الروضة ١٣٠/٥.

(8) قوله (قولان)بداية ٨/ل/١٣أ من نسخة ب.

(9) انظر/ فتح العزيز ٢٥/٦،الروضة ١٣٠/٥.

على قولين: [1]

وذلك أنّ العبد إذا ركبه دَيْن تعلّق حقُّ الغرماء بما في يديه، كما يتعلّق حقُّ المرتهن بالعبد المرهون،فلمّا كان عتق الراهن على قولين،كذلك هاهنا أيضاً.[2]

فإذا قلنا: لا يَعْتِق فلا كلام.

وإذا قلنا: يَعْتِق أُخذ من السيِّد قيمته فيكون في يد العبد يقضي الدَّين منه. [3] [4]

هذا الكلام فيه إذا اشترى بإذن سيِّده.

فأمَّا إذا اشتراه بغير إذنه فلا يخلو من أن يكون على العبد دَيْن ،أو لا دَيْن عليه .

فإن لم يكن عليه دَيْن،فهل يصح الشِّراء أم لا ؟.

قال هاهنا: يصح. [5]

وقال في الدعوى والبيِّنات: فيه قولان: [6]

أحدهما: لا يصحُّ،وهو المذهب. [7]

ووجهه: أنّ السَّيِّد إنّما أذن له في تنمية المال،وطلب الفضل والرِّبح ،فلو صحَّ هذا كان فيه هلاك الأصل والرِّبح؛لأنّه يَعْتِق على سيِّده، [8] فهو كما قلنا في العامل إذا

---

[1] وفي قول ثالث :أنّه إن كان موسراً نفذ ،وإلا فلا ينفذ ،فلو انفك الرهن بإبراء ،أو غيره ففيه قولان ،أو وجهان أصحهما ،لا ينفذ .الروضة ٤/٧٥. و انظر/ مغني المحتاج ٢/١٣٠.

[2] انظر/ حلية العلماء ٥/٣٦٠،فتح العزيز ٦/٢٥،الروضة ٥/١٣٠.

[3] في ب (منه الدين).

[4] انظر/ المهذب ٢/٢٣٦،بحر المذهب ٩/ل ١٢٢،البيان ٧/٢٤٢

[5] مختصر المزني ص١٣٣،و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٢.

[6] انظر المرجعين السابقين .

[7] وهو اختيار المزني ،وهو الأظهر .

انظر/ مختصر المزني ص١٣٣،الحاوي ٧/٣٢٥،المهذب ٢/٢٣٦،بحر المذهب ٩/ل ١٢٤،التهذيب ص٩٩، البيان ٧/٢٤٣،فتح العزيز ٦/٢٥،الروضة ٥/١٣٠.

[8] انظر/ المهذب ٢/٢٣٦،بحر المذهب ٩/ل ١٢٤،البيان ٧/٢٤٣.

اشترى من يَعْتِق على ربِّ المال بغير إذنه ،فإنّ الشِّراء لا يكون للقراض، [1] كذلك هاهنا ،فعلى هذا القول: لا فرق [2] بين أن يشتري العبد أبا سيِّده بعين المال، أو في الذِّمَّة،فإنّ الشِّراء باطل،[3] والعامل في القراض إن كان شراؤه بعين المال بطل،وإن كان في الذِّمَّة لزمه الشِّراء في نفسه.[4]

والفرق بين العبد والعامل هو أنّ العبد لا ذمَّة له ولا يملك؛ فلهذا لم يصحَّ شراؤه بكلِّ حال [5] ،وليس كذلك العامل؛لأنّه يصحُّ أن يشتري لنفسه؛لأنّه يملك وله ذمَّة؛فلهذا إذا اشترى في ذمَّته لزمه في نفسه. [6]

والقول الثّاني: يصحُّ شراء العبد؛لأنّ السَّيِّد لما أذن له في التجارة مع العلم بأنّه لا يصحُّ أن يشتري لنفسه بوجهٍ عُلم أنّه أطلقه في كلِّ شيء يصحُّ أن يشتريه السَّيِّد [7] لنفسه ، [8] والسَّيِّد يصح أن يشتري أبا نفسه، [9] فكذلك هاهنا ،ويفارق العامل في القراض؛لأنّه يصحُّ أن يشتري لنفسه وللقراض،فإذا أذن له في الشِّراء كان إذناً فيما

---

[1] كما تقدم ص٥٤٥-٥٤٦.

[2] لا فرق: ساقطة من نسخة ب.

[3] انظر/الحاوي ٣٢٥/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٢٤.

[4] كما تقدم ص٥٤٦.

[5] انظر/ الحاوي ٣٢٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٤.

-قال الرُّوياني في بحر المذهب ٩/ل ١٢٤: (وقد قال المزني: لاذمة له ،وهو غير مستقيم ؛لأنّ للعبد ذمة ،وإن لم يكن مأذوناً فكيف إذا كان مأذوناً...).

[6] انظر/ البيان ٢٤٣/٧.

[7] السَّيِّد: ساقطة من نسخة ب .

[8] في ب زيادة (لأنّه يملك وله ذمَّة)

[9] انظر/ المهذب ٢٣٦/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٤،البيان ٢٤٣/٧.

لربِّ المال فيه فائدةٌ ،ولا يكون إذناً في كلّ ما يصـــحُّ أن يشــتريه [1] ربُّ المــال لنفسه، [2]فبان الفرق بينهما.

فإذا قلنا: الشِّراء باطل،فلا كلام.

/**وإذا قلنا**: [3] يصحُّ عَتَقَ على سيِّده؛[4] لأنّه لم يتعلّق حقُّ الغير به.

هذا إذا اشتراه ولا دَيْن عليه.

فأمَّا إذا كان عليه دَيْن فهل يصحُّ الشِّراء أم لا ؟

على وجهين: [5]

أحدهما: يصحُّ . [6]

والثّاني: لا يصحُّ ، [7]والتوجيه ما مضى . [8]

فإذا قلنا: لا يصحُّ فلا كلام.

وإذا قلنا: /يصحُّ فهل يَعْتِق عليه أم لا ؟ على وجهين بناء على عتق الرَّهن. [9]

٦

وأمَّا الفصل الثّالث: وهو إذا اشترى العامل أبا نفسه فلا يخلو :مـــن أن يكـــون في المال ربح، أو لا ربح فيه.

فإنْ لم يكن فيه ربح صحَّ الشِّراء[1]؛لأنّه لا حقَّ له فيه، فهو كالوكيل ،والوكيل يصحُّ أن يشتري من يَعْتِق عليه لموكّله، [2]كذلك هاهنا .

---

[1] (أن يشتريه) ساقطة من نسخة ب.

[2] انظر/ البيان ٧/٢٤٣.

[3] قوله (وإذا قلنا)بداية ٨/ل/١٣ب من نسخة ب.

[4] انظر/ المهذب ٢/٢٣٦،التهذيب ص٩٩،الروضة ٥/١٣٠.

[5] قال النووي : (ثم هذا الخلاف إذا لم يركبه دين فإن ركبه ترتب على الخلاف فيما إذا لم يركبـــه وأولى بالبطلان) الروضة ٥/١٣٠،و نظر/ فتح العزيز ٦/٢٥.

[6] انظر/ المهذب ٢/٢٣٦،بحر المذهب ٩/ل ١٢٤،البيان ٧/٣٤٢.

[7] انظر المراجع السابقة .

[8] ص٥٤٩.

[9] المتقدم ص٥٤٨-٥٤٩.

ثم ينظر:-

فإن بيع هذا العبد قبل أن يظهر في المال ربح فلا كلام .[٣]

وإن بقي حتى ظهر في المال ربح،فهل يَعْتِق على المال شيء منه أم لا؟بنينا على القولين؟ متى يملك العامل نصيبه من الرِّبح فإنّه على قولين:

أحدهما: لا يملك بالظهور،وإنّما يملك بالمقاسمة والمفاصلة.[٤]

والثّاني: يملك حصَّته بظهور الرِّبح.[٥]

فإذا قلنا: لا يملك حصَّته بالظهور، لم يَعْتِق عليه شيء منه ؛[٦] لأنّه ما ملك شيئاً من أبيه .[٧]

وإذا قلنا: يملك حصَّته بالظهور،فهل يَعْتِق عليه قدر ملكه منه أم لا ؟ على وجهين:

أحدهما: لا يَعْتِق عليه ؛[٨]لأنّ ملكه ما استقرَّ على حصَّته؛لأنّ الرِّبح وقاية لرأس المال ،[٩]وإذا [١٠] لم يستقرَّ عليه لم يَعْتِق،كالمكاتب إذا ملك من يَعْتِق عليه لم يَعْتِق،وإن كان معه فضل عن نجومه؛لأنّه وقاية لنجومه،[١١]وكذلك هاهنا.

=

[١] انظر/ المهذب ٢٣١/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٤،التهذيب ص٩٩،الوجيز ٢٢٣/١الوسيط ٣١٧/٤.

[٢] انظر/ التهذيب ص٩٩،الروضة ١٣١/٥،مغني المحتاج ٣١٦/٢-٣١٧.

[٣] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٤،البيان ٢١٨/٧.

[٤] وهو الأظهر عند الأكثر ين واختيار المزني.

انظر/ المهذب ٢٣١/٢،الوسيط ١٢١/٤-١٢٢،الروضة ١٣٦/٥، مغني المحتاج ٣١٨/٢،نهاية المحتاج ٢٣٦/٥.

[٥] انظر/ المهذب ٣٢١/٢،الوسيط ١٢٢/٤،الروضة ١٣٦/٥.

[٦] انظر/ المهذب ٢٣١/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٤، التهذيب ص٩٩،فتح العزيز ٢٥/٦،الروضة ١٣١/٥.

[٧] انظر/ البيان ٢١٨/٧.

[٨] انظر/المهذب ٢٣١/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٤، التهذيب ص٩٩.

[٩] انظر/ البيان ٢١٨/٧.

[١٠] في ب (فإذا)

[١١] انظر/ الروضة ٢٧٩/١٢.

والوجه الثَّاني: أنّه يَعتِق عليه نصيبه؛[1] لأنّه قد ملك قسطاً من أبيه ملكاً صحيحاً؛فلهذا عَتَق عليه.[2]

فإذا قلنا: لا يَعْتِق فلا كلام.

وإذا قلنا: يَعْتِق عتق منه [3] نصيبه،فإن كان موسراً قُوِّم عليه نصيب ربِّ المال وعتق عليه،وانفسخ القراض [4] فيه.

وإن كان معسراً عتق منه ما عتق ،وانفسخ القراض فيه ،ورُق ما رُقّ لربِّ المال.[5]

هذا كلّه إذا اشتراه و لا ربح في المال.

فأمّا إذا كان في المال ربح،فهل يَعْتِق عليه أم لا ؟

على القولين: [6]

فإن قلنا: لا يملك حصّته بالظهور لم يَعْتِق عليه شيء منه؛[7] لأنّه ما ملك شيئاً منه فهو كما/ لو لم يكن[8] في المال ربح.

---

[1] وهو الأصح .

انظر/ الوجيز ٢٢٣/١،فتح العزيز ٢٥/٦،الروضة ١٣١/٥.

[2] انظر/ المهذب ٢٣١/٢،البيان ٢١٨/٧.

[3] في ب (عليه).

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٤،التهذيب ص٩٩،البيان ٢١٨/٧-٢١٩.

- وهو الأصح وبه قال الأكثر ون .

وفي وجه : لا تثبت السراية .

انظر/ الوجيز ٢٢٣/١،فتح العزيز ٢٦/٦،الروضة ١٣١/٥

[5] أي يَعْتِق منه نصيب العامل لا غير .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٤،التهذيب ص ١٠٠،البيان٧/ ٢١٩.

[6] في متى يملك العامل الربح هل بالمناسمة ،أو بالظهور ،وقد تقدم في الصفحة السابقة .

[7] انظر/ المهذب ٢٣١/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٥،التهذيب ص١٠٠،البيان ٢١٩/٧،الروضة ١٣١/٥.

[8] قوله (لو لم يكن)بداية ١٤/٨أ من نسخة ب.

وإذا قلنا: يملك حصَّتَه بالظهور،فهل يصحُّ الشِّراء أم لا ؟ مبنيٌّ على وجهين: [1]

فإن قلنا: لا يَعْتِق عليه ما ملك منه صحَّ الشِّراء أيضاً؛[2] لأنَّه لا مانع يمنع منه.

وإذا [3] **قلنا**: يَعْتِق منه [4]بقدر حصَّته،فهل يصحُّ الشِّراء أم لا ؟ على القولين: [5]

أحدهما: يصحُّ؛[6]لأنَّهما شريكان في المال،والشَّريكان إذا اشتريا عبداً يَعْتِق على أحدهما صحَّ، [7]فكذلك هاهنا.

والقول الثَّاني: لا يصحُّ الشِّراء؛[8]لأنَّه يقتضي أن تَعْتِق [عليه] [9] حصَّته منه،وهذا يؤدِّي إلى أن يسبق العامل بقدر حصَّته قبل أن ينضَّ لربِّ المال/ رأس المال،وذلك خلاف موضوع القراض. [10]

٦/ل/٢٧ب

فإذا قلنا الشِّراء باطل فلا كلام.

---

(1) أصحهما الصحة ،وفي وجه المنع .

انظر/ فتح العزيز ٢٦/٦،الروضة ١٣١/٥.

(2) انظر/ المهذب ٢٣١/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٥

(3) في ب (وإن)

(4) منه :ساقطة من نسخة ب.

(5) وذكرهما الرُّوْياني والعمراني وجهين .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٥،البيان ٢١٩/٧.

(6) وهو الأصح .

انظر/ فتح العزيز ٢٦/٦،الروضة ١٣١/٥.

(7) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٥، البيان ٢١٩/٧.

(8) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٥،البيان ٢١٩/٧.

(9) [عليه] زيادة من ب.

(10) انظر/ البيان ٢١٩/٧.

وإذا قلنا: صحيح عَتَق نصيبه منه،فإن كان موسراً قُوِّم عليه نصيب ربِّ المال،وعتـــق جميعه ،وانفسخ القراض في قدره.

وإن كان معسراً عتق منه ما عتق ،وانفســـخ القــراض فيــه ،ورُقَّ منــه مــا رُقَّ لربِّ المال، [1] والله أعلم.

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٥ ،فتح العزيز ٦/٢٥،الروضة ٥/١٣١.

[٨٤] مسألة

قال الشّافعيّ رحمه الله : ((وَمَتَى شَاءَ رَبُّهُ أَخذَ مَالَهُ قَبْلَ الْعَمَلِ وَبَعْدَهُ،وَمَتَى شَاءَ الْعَامِلِ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْقِرَاضِ خَرَجَ مِنْهُ)). [١]

وهذا كما قال.

إذا أراد أحد المتقارضين أن يفسخ القراض كان له ذلك، سواء كان ذلك قبل العمل أو بعده؛لأنّ القراض من العقود الجائزة؛[٢] بدليل أنّ العامل يبتاع لربّ المال بإذنه، فهو كالوكيل. [٣]

ولأنّه عقد ليس على التأبيد ،لا يفتقر إلى مدّة معلومة ،ولا [٤] عمل معلوم ،فأشبه الشّركة والوديعة. [٥]

فإذا وقع الفسخ لم يكن للعامل الشّراء؛لأنّ الفسخ قطع الشّراء . [٦]

ثم لا يخلو أن يكون ربّ المال الذي فسخ، أو العامل .

فإن كان ربّ المال فلا يخلو من أن يكون المال ناضّاً، أو عرضاً .

فإن كان ناضّاً وذلك قبل التّصرُّف أخذه ربُّه ولا شيء للعامل. [٧]

وإنْ كان بعد التّصرُّف فإن لم يكن فيه ربح أخذه ربه،وإن كان فيه ربح اقتسما الرِّبح على ما شرطاه. [٨]

---

[١] مختصر المزني ص١٣٣.

[٢] انظر/ الحاوي ٣٢٨/٧،التنبيه ص١٢٠،بحر المذهب ٩/ل ١٢٥،الوسيط ١٢٦/٤،كفاية الأخيار ص٣٩٥.

[٣] انظر/ المهذب ٢٣٢/٢،البيان ٢٢٥/٧،كفاية الأخيار ص٣٩٥.

[٤] في ب (لأنّه).

[٥] انظر/ المهذب ٢٣٢/٢،فتح العزيز ٤٠/٦.

[٦] انظر/ المهذب ٢٣٢/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٥،نهاية المحتاج ٢٣٩/٥.

[٧] انظر/ الحاوي ٣٢٨/٧،البيان ٢٢٥/٧.

[٨] انظر/ المهذب ٢٣٢/٢،التهذيب ص١١٩،البيان ٢٢٥/٧ .

وإن كان المال عرضاً فللعامل البيع؛لأنّا قد قلنا: إنّ الفسخ أفاد منع الشّراء دون البيع [1] ،وإنّما قلنا له البيع لحقّه وحقّ ربّ المال ؛فلأنّ عليه ردّ المال ناضاً كما كان،وأمّا حقُّه فلأجل أن يبيِّن قسطه /من الرِّبح [2] ،وله ذلك، سواء كان في المال ربح أو لم يكن؛لأنّه قد يرغب راغب ويزيد، أو يتغيَّر السعر إلى حين البيع. [3]

فإن كان مال القراض ديناً مثل أن يكون ربُّ المال أذن في البيع بالدَّين فعلى العامل أن يقتضيه، سواء كان في المال ربح أو لا ربح فيه،هذا قولنا . [4]

وقال أبو حنيفة: إن كان فيه ربح كما قلنا،وإن لم يكن فلا يجب على العامل القبض ،وله أن يحيل ربَّ المال به على من هو عليه ؛ [5]لأنّه إذا قبضه لم يكن له فائدة في مقابلة عمله . [6]

---

[1] وقيده الماوردي في الحاوي إذا كان يرجو في ثمنه فضلاً،ويأمل ربحاً فليس لربِّ المال منعه.٢٢٩/٧.
و انظر/ التهذيب ص١١٩،البيان ٢٢٥/٧.
-أما إذا لم يكن في المال ربح فهل للعامل البيع إذا رضي المالك بإمساكه ؟.
وجهان :
أحدهما :لا؛ إذا لا فائدة .
والصحيح وبه قطع الجمهور وهو قول البغداديين :له البيع إذا توقع ربحاً.
انظر/البيان ٢٢٥/٧ فتح العزيز ٤٢/٦،الروضة ١٤٢/٥،وكفاية الأخيار ص ٣٩٥.

[2] قوله (من الرِّبح) بداية ٨/ل/١٤ب من نسخة ب.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٥.

[4] انظر/ المهذب ٢٣٢/٢،التهذيب ص١٢٣،البيان ٢٢٧/٧،فتح العزيز ٤٠/٦،الروضة ١٤٠/٥،نهاية المحتاج ٢٣٩/٥.

[5] انظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٦،بدائع الصنائع ١٦١/٥، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ٦٥٦/٥.

[6] قال الكاساني : (وإن لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على إتمام العمل ،كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه). بدائع الصنائع ١٦١/٥.

وهذا غلط؛لأنّ على العامل ردَّ المال إلى ربِّه كالذي كان، فلا يلزمه [1] أن يقبل الحوالة به ،كما لو كان فيه فضل ،وتعليله بعدم العوض في مقابلة فعله غير صحيح؛لأنّه دخل في العقد على ذلك ورضي به. [2]

فأمّا إن كان [المال] [3] عرضاً فقال ربُّ المال: أنا أقومّه بعدلين مقوِّمين،وأنظر ما فيه من فضل ،فأعطيك حقّك منه ،وأسقط البيع عنك لزم العامل/ القبول؛[4] لأنّه يصل إلى حقّه ويسقط عنه البيع، كما قلنا فيمن أعار أرضاً للغراس والبناء، فغرس المستعير وبنى، فقال المعير: أنا أعطيك قيمة الغراس والبناء ،ويسقط عنك القلع، لزمه القبول، [5] كذلك هاهنا.

٦/ل/٢٧أ

هذا كلّه إذا فسخ ربُّ المال.

فأمّا إن كان الفاسخ هو العامل، فالحكم كما لو كان الفاسخ ربُّ المال في جميع الأشياء التي ذكرناها،[6]إلا أنّا نزيد هاهنا فصلاً وهو إذا قال العامل لربِّ المال قد تركت حقِّي منه ،فخذه بحاله، والمال عرض ،نظرت:-

فإنْ قبله ربُّ المال فلا كلام.

وإن أبى فهل للعامل بيعه أم لا ؟.

فيه وجهان:

---

[1] أي رب المال .

[2] وبنحوه في المهذب ٢/٢٣٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٥ ،فتح العزيز ٦/٤٠.

[3] [المال] زيادة من ب.

[4] وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره ،ونقله عن المصنف صاحب كفاية الأخيار .

وفي وجه :لا يلزم العامل القبول .

انظر/ فتح العزيز ٦/٤١،الروضة ٥/١٤١، مغني المحتاج ٢/٣٢٠، كفاية الأخيار ص٣٩٥.

[5] انظر/ البيان ٧/٢٢٦،فتح العزيز ٦/٤١،الروضة ٥/١٤١.

[6] ص٥٥٦-٥٥٧.

أحدهما: ليس عليه بيعه؛ [1]لأنّه إنّما يباع لحقّ العامل وإن تبيّن قسطه من الرِّبح، فإذا ترك حقّه قبل منه. [2]

والثّاني: يجبر على البيع ليردّ إلى ربّ المال رأس ماله، كالذي كان.[3]

---

[1] انظر/ المهذب ٢٣٢/٢،البيان ٢٢٦/٧/حلية العلماء ٥/ ٣٤٦،فتح العزيز ٤٠/٥.

[2] انظر/ البيان ٢٢٦/٧.

[3] وهو الأصح ؛لأنّ في التنضيض مشقة ومؤونة ،فلا يسقط عن العامل .

انظر/ فتح العزيز ٤١/٦،الروضة ١٤١/٥،كفاية الأخيار ص٣٩٥.

[٨٥] مســـألـــة

قال رحمه الله: ((فَإِنْ مَاتَ رَبُّ الْمَالِ صَارَ لِوَارِثِهِ،فَإِنْ رَضِيَ تَرْكَ الْمُقَارِضَ عَلَــى قِرَاضِهِ وَإِلَّا [فَقَدِ] [١] انْفَسَخَ قِرَاضِهِ...الفصل إلى آخره)) . [٢]

وهذا كما قال.

إذا مات أحد المتقارضين/ انفسخ [٣] القراض؛[٤] لأنه من العقود الجائزة ، كالوكالة والشركة .[٥]

ولا يخلو :أن يكون الميت ربُّ المال ،أو العامل.

فإن كان ربُّ المال انتقل مال القراض إلى وارثه .

ثم لا يخلو المال: من أن يكون ناضّاً أو عرضاً.

فـإن كـان ناضـاً فـلا يخلـو مـن أن يكـون قبـل التَّصـرُّف أو بعده.

فإن كان قبله أخذه الوارث بحاله.

وإن كان بعده و لم يكن فيه ربح أخذه أيضاً،وإن كان فيه ربح كان بين العـلمل وربِّ المالُ على ما شرطا. [٦]

---

[١] [فقد] زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٣.

[٢] مختصر المزني ص١٣٣،وتمامه (وإن مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه ويبيع ما كان في يديه مـع ما كان من ثياب أو أداة السفر وغير ذلك مما قلَّ أو كثر، فإن كان فيه فضل كان لوارثه وإن كـــان خسران كان ذلك).

[٣] قوله (انفسخ)بداية ٨/ل/١٥أ (ب)

[٤] انظر/ الحاوي ٣٢٩/٧،المهذب ٢٣٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٥،الوسيط ١٢٩/٤،المنهاج مـــع نغـــني المحتاج ٣١٩/٢.

[٥] كما تقدم ص٥١١.

[٦] انظر/ الحاوي ٣٢٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٥،البيان ٢٢٨/٧،الروضة ١٤٣/٥.

وإن كان المال عرضاً ،كان للعامل البيع، سواء كان في المال ربح أو لم يكن ؛ [1]لأنّ انفساخ العقد بالموت ليس بأكثر من فسخه بالفسخ،ولو فسخ ربُّ المال القراض كان للعامل البيع؛فبأن يكون له البيع هاهنا أولى.

فإن [2] كان المال دَيْناً فعلى العامل القبض على ما قلناه [3] في الفسخ. [4]

وإن كان المال عرضاً فقال لوارث ربِّ المال: خذه ،فإن رضي فلا كلام.

وإن أبى فهل يجبر العامل على البيع أم لا ؟ فيه وجهان على ما مضى في الفسخ. [5]

هذا كله إذا اختار الوارث المقام على الفسخ.

فأمّا إن اختار الوارث إقرار العامل على القراض نظرت:-

فإن كان على ربِّ المال دَيْن لم يجز. [6]

وإن لم يكن عليه دَيْن لم يخلُ من أن يكون المال ناضّاً أو عرضاً.

فإن كان ناضّاً ولا ربح فيه،استأنف القراض؛لأنّه استئناف قراض على ثمن. [7]

---

[1] انظر المراجع السابقة.

-وهل يتولى العامل بيع العرض بنفسه ؟ فيه وجهان :

قال الشيخ أبو حامد ،وأكثر الشّافعيّة : له ذلك ؛لأنّ انفساخ القراض بالموت كانفساخه بالفسخ ،وإذا فسخا كان له بيعه ،فكذلك إذا مات رب المال .

وقال ابن الصباغ :لايلزم ورثة رب المال تمكينه من الانفراد بالبيع ،بل يرفع ذلك إلى الحاكم ليأمر ببيعه ؛لأنّ الوارث لا يلزمه حكم ائتمان مورثه .انظر/ البيان ٢٢٨/٧

[2] في ب (وإن).

[3] في ب (بيّنّاه).

[4] كما تقدم ص٥٥٧.

[5] كما تقدم ص٥٥٨-٥٥٩.

[6] انظر/ التهذيب ص. ١١٥

[7] انظر/ الحاوي ٣٣٠/٧،التهذيب ص١١٦،بحر المذهب ٩/ل ١٢٦،الوسيط ١٢٩/٤،مغني المحتاج ٣٢٩/٢-٣٢٠.

=

٢٧/أ/٦

وإن كان فيه ربح/ كان شريكاً فيه ويصح أن يقارضه على سهمه منه؛[1] لأنّ القراض على مال مشاع يجوز،[2] كما لو كان بينه وبين غيره ألفان، فقارضه على سهمه منها مشاعاً،[3] كذلك هاهنا.

فإن كان المال عروضاً فأراد إعادة القراض عليها،فهل يصحُّ أم لا ؟

ظاهر المذهب أنّه جائز [4] ؛لأنّ الشّافعيّ رحمه الله قال: ((**فإن رضي الوارث ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ القراض**)) .[5]

واختلف أصحابنا رحمهم الله فيه على وجهين:

فقال أبو إسحاق: [6] يجوز ذلك؛[7] لأنّه إنّما لا يجوز استئناف قراض على عروضٍ على وجه الابتداء، وهاهنا قام الوارث مقام موروثه، فكأنّه استصحب العقد. [8]

=

-وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير بأن يقول :الوارث أو القائم بأمره تركتك أو قررتك على ما كنت عليه ،وجهان :

أصحهما: نعم؛ لفهم المعنى .

وليكن الوجهان تفريعاً على أن القراض ونحوه لا ينعقد بالكناية، فأما إذا قلنا ينعقد به فينبغي القطع بالانعقاد هنا . الروضة ١٤٣/٥.

[1] انظر/ التهذيب ص١١٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،البيان ٢٢٨/٧،الروضة ١٤٣/٥،مغني المحتاج ٣٢٠/٢.

[2] انظر/ البيان ٢٢٨/٧،الروضة ١٤٣/٥.

[3] انظر/ البيان ٢٢٨/٧.

[4] ونقله عن المصنف الرُّوْياني في بحر المذهب ٩/ل ١٢٦.

[5] مختصر المزني ص ١٣٣،وتقدم في رأس المسألة.

[6] المروزي وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[7] ونقله عن أبي إسحاق المروزي الماوردي في الحاوي ٣٣٠/٧، والشيرازي في المهذب ٢٣٣/٢،الرُّوْياني في بحر المذهب ٩/ل ١٢٦،والعمراني في البيان ٢٢٨/٧.

-هو اختيار ابن الصباغ .المرجع السابق .

[8] انظر/ الحاوي ٣٣٠/٧،المهذب ٢٣٣/٢،فتح العزيز ٤٣/٦.

ومن أصحابنا:[1] /من قال [2]لا يصح إعادته؛[3]لأنّه استئناف قراض على عروض فأشبه إذا كان الفسخ بغير الموت. [4]

قال هذا القائل: وقول الشّافعيّ رحمه الله (**جاز ذلك**) يعني:إذا كان المال ناضّاً،وقوله (**ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ القراض**) يعني:وإلا فقد استدام الفسخ. [5]

فكلُّ موضع قلنا:لا يجوز إعادته،أو قلنا:يجوز فلم يختاروا إعادته، كان الحكم في بيع العروض على ما مضى. [6]

وهذا [7] الكلام فيه [8] إذا مات ربُّ المال.

فأمَّا إذا مات العامل لم يخلُ من أن يكون المال ناضّاً أو عرضاً.

فإن كان ناضاً وكان قبل التَّصرُّف أخذه ربُّه،وإن كان بعد التَّصرُّف ولا ربح فيه أخذه أيضاً . [9]

فإن كان فيه ربح فهو بينهما على ما شرطا. [10]

---

[1] وهو قول أبي علي بن أبي هريرة،وأبي حامد ،والشيخ أبي إسحاق .
انظر/ الحاوي ٧/ ٣٣٠، البيان ٧/ ٢٢٩.

[2] قوله (من قال) بداية ٨/ل١٥ب من(ب).

[3] وهو الأصح .
انظر/ فتح العزيز ٦/ ٤٣،الروضة ٥/ ١٤٣.
–قال النووي (و الأشبه أن يختص الرجهان بلفظ الترك والتقرير ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء)الروضة ٥/ ١٤٣.

[4] انظر/ الحاوي ٧/ ٣٣٠،المهذب ٢/ ٢٣٣،فتح العزيز ٦/ ٤٣.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٧،التهذيب ص١١٧،فتح العزيز ٥/ ٤٣.

[6] كما تقدم ص٥٦١.

[7] في ب(هذا)بدون الواو .

[8] فيه:ساقطة من نسخة (ب)

[9] انظر/ البيان ٧/ ٢٢٩.

[10] انظر المرجع السابق و الحاوي ٧/ ٣٣١.

وإن كان المال عرضاً لم يكن لورثة العامل البيع؛ [1] لأنّ ربَّ المال ما رضي باجتـــهاد الوارث ولا بتصرُّفه، [2]ويفارق هذا إذا مات ربُّ المال؛لأنّه [3] قد بقي من رضـــي باجتهاده وتصرُّفه وهو العامل [4] ،فلذلك كان له البيع. [5]

إذا ثبت هذا.

فإنّه يرفع إلى الحاكم لينصب من يبيعه،[6] فإن كان في المال فضل كان بينــهما، وإلا أخذ ربُّ المال رأس ماله وانصرف. [7]

فإن اختار ربُّ المال أن يستأنف القراض مع وارث العامل نظرت :

فإن كان المال ناضّاً صحَّ ذلك سواء كان فيه فضل أو لم يكن.[8]

وإن كان عروضاً لم يجز إعادة القراض بلا خلاف. [9]

---

[1] انظر/ البيان ٢٢٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٧،التهذيب ص١١٦.

[2] انظر/ الحاوي ٢٢٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٧.

[3] في ب (فإنّه).

[4] في ب (الوارث).

[5] انظر/ الحاوي ٣٣١/٧.

[6] انظر/ التهذيب ص١١٦،البيان ٢٢٩/٧،فتح العزيز ٤٤/٦،الروضة ١٤٣/٥.

[7] انظر/ الحاوي ٣٣١/٧،التهذيب ص١١٦.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٧،التهذيب ص١١٦،الوسيط ١٣٠/٤، فتح العزيز ٤٣/٥،الروضة ١٤٤/٥.

-وهذا قول البغداديين .

وقال المسعودي في الإبانة :إن كان في المال ربح لم يجز؛لأنّه شريك ،وإن لم يكن فيه ربح جاز ،فإن كان فيه خسران ،فشرط أن يجبر الخسران بتصرفه لم يجز .

انظر/ الإبانة ل١٦٥،البيان ٢٢٩/٧.

[9] انظر/ التهذيب ص١٦٦،البيان ٢٢٩/٧،فتح العزيز ٤٣/٦، الروضة ١٤٤/٥.

- قال الرُّوياني في هذه المسألة : (بلا خلاف بين أصحابنا بالعراق .....وقال بعض أصحابنا بخرسان إذا جعل الشّافعيّ أحكام الوارث مبنية على أحكام المورث يحتمل أن يقال :يجوز تقرير القراض بين الوارثين بعد موت المتقارضين من غير أن يصير المال ناضاً ،ذكره الإمام أبو محمد الجويني ،وهذا غريب)بحـــــر المذهب ٩/ل ١٢٧.

أمَّا من قال: إذا مات ربُّ المــــال لم يجــز لوارثــه أن يســتأنف القــراض مــع العامل، [1] فهاهنا أولى أن يمنع.

ومن قال هناك: يجوز ، [2] قال هاهنا: لا يجوز.

والفرق بينهما أنّ عمل العامل قد هلك هاهنا ،وتعذّر بموته ذاك العمــل؛ فلــهذا لم يصحَّ،وليس كذلك في تلك المسألة؛لأنّ عمل العامل قائم بحاله لم يهلك،فإنّ من كـلن يتصرف /باقٍ ؛فلهذا جاز استئناف القراض معه، [3] والله أعلم.

/٦

---

(1) كما تقدم ص٥٦٢.

(2) كما تقدم ص٥٦٣.

(3) انظر/ التهذيب ص١٦٦،البيان ٧/ ٢٣٠ ،فتح العزيز ٦/ ٤٤.

-وفرق آخر : (أن العامل هو الذي اشترى العروض والظاهر أنّه لا يشترى إلا ما يسهل عليه بيعه وترويجه وهذا المعنى لا يؤثر فيه موت المالك، وإذا مات العامل فربَّما كانت العروض كلًّا على وارثه.)فتح العزيز ٦/ ٤٤.

[٨٦] مسألة

قال الشَّافعيّ رحمه الله: ((**فَإِنْ** [١] **قَارَضَ الْعَامِلُ بِالْمَالِ آخَرِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ،فَإِنْ رَبِحَ فَلِصَاحِبِ /الْمِالِ** [٢]**شَطْرُ الرِّبْحِ، ثم يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ شَطْرُ مَا بَقِيَ** [٣] **،قَالَ الْمُزَنِيُّ رحمه الله :هَذَا قَولٌ قَدِيْم** [٤] **،وَأَصْلُ قَوْلِهِ الْجدِيدِ الْمَعْرُوفِ أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ فَاسِدٍ لا يِجُوزُ [وإِنْ جُوِّزَ]** [٥] **حَتَّى يُبْتَدأ بِمَا يَصحُّ** [٦])). [٧]

وهذا كما قال.

إذا دفع إلى[رجل][٨]رجل مالاً قراضاً وقارض العامل بالمال [٩] عاملاً آخر لم يخل من أن يكون بإذن ربِّ المال، أو بغير إذنه .

فإن كان بإذنه ،مثل أن يقول له :خذه قراضاً فإذا اخترت فتصرف وإلا قارض عنِّي عاملاً آخر ففعل صحَّ؛[١٠]لأنّه توكيل في قراض فأشبه إذا دفع إليه ابتداء ألفاً ،فقال: قارض عنِّي بها عاملاً. [١١]

---

[١] في المختصرالمطبوع (وإن) ص١٣٣.

[٢] قوله (المال) بداية ٨/ل/١٦أ من (ب)

[٣] في المختصر المطبوع (شطره فيما يبقى)ص١٣٣.

[٤] في المختصر المطبوع (وهذا قوله قديماً) ص١٣٣.

[٥][وإن جُوز] زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٣.

[٦] في المختصر المطبوع (يصلح) ص١٣٣.

[٧] مختصر المزني ص ١٣٣، وتمامه (فإن كان اشترى بعين المال فهو فاسد ،وإن كان اشترى بغير العين فالشراء جائز ،والربح والخسران للمقارض الأوّل وعليه الضّمان، وللعامل الثّاني أجر مثله في قياس قوله).

[٨] [رجل]زيادة من ب.

[٩] بالمال :ساقطة من نسخة ب.

[١٠] انظر/ الحاوي ٣٣٦/٧،المهذب ٣٢٩/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٢٨،حلية العلماء ٥/ ٣٣٦.

[١١]انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٨،التهذيب ص١٠٤.

فإذا ثبت أنّه يصحُّ نظر في شرط العامل الأوّل:-

فإن قال للثّاني:على أنّ ما رزق الله من ربح كان بينك وبين ربِّ المال نصفين صـــحَّ ذلك،وكذلك إذا قال: ثلثين وثلثاً[1] ونحوه. [2]

فأمّا إن قال: على أنّ ما رزق الله من ربح كان بيني وبينك وبين ربِّ المـــال أثلاثـــاً فالقراض فاسد؛[3] لأنّ الرِّبح يستحقُّ في القراض بالمال، أو بالعمل ،وليس للمقـــارض الأوّل واحد منهما فكان فاسداً ،ويكون الرِّبح كلُّه لصاحب [4] المال،وللعامل الثّاني أجرة مثله، [5] وليست مسألة الكتاب .

ومسألة الكتاب :إذا دفع إليه مالاً على أنّ ما رزق الله مـــن ربـــح كـــان بينـــهما نصفين، فقارض العامل عاملاً آخر بغير إذن ربِّ المال، فقال للعامل الثّـــاني: خـــذه قراضاً على أنّ ما رزق الله من ربح كان بيني وبينك نصفين كان فاســـداً؛ [6]لأنّـــه تصرُّف في مال غيره بغير إذنه . [7]

---

[1] في ب(ثلثاً وثلثين) .

[2] انظر/ الحاوي ٧/٣٤٠،بحر المذهب ٩/ل ١٢٨ ،فتح العزيز٦/٢٧،الروضة ٥/١٣٢.

[3] انظر/الحاوي ٧/٣٤٠،البيان ٧/٢٠٤،فتح العزيز ٦/٢٧،الروضة ٥/١٣٢.

[4] في ب(لربِّ).

[5] انظر/ التهذيب ص١٠٤-١٠٥،بحر المذهب ٩/ل ١٢٨،البيان ٧/٢٠٤،فتح العزيز ٦/٢٧،مغني المحتـــاج ٢/٣١٤.

- وإن أذن له في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكاً له في العمل والربح المشروط له على ما يـــراه فقيل يجوز كمقارضة شخصين ابتداء والأصح المنع.الروضة ٥/١٣٢.

انظر/ فتح العزيز ٦/٢٧،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٣١٤.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٣٤٠، المهذب ٢/٢٢٩،بحر المذهب ٩/ل ١٢٨،حلية العلماء ٥/ ٣٣٦.

-ويجيء فيه قول وقف عقد الفضولي على الإجازة.

انظر/ فتح العزيز ٦/٢٨،الروضة ٥/١٣٢.

[7] انظر/ المهذب ٢/٢٢٩،البيان ٧/٢٠٤.

فإن عمل الثّاني وربح فإنّ المزني رحمه الله نقل أنّه يكون لربّ المال نصف الرِّبح، وما بقي من الرِّبح يكون بين العامل الأوّل والثّاني نصفين ثم قال: ((**هذا قول قديم،وأصل قوله في الجديد المعروف أنّ الرِّبح كله للعامل الأوّل،وللثّاني أجرة مثله**)) .[1]

وهذه المسألة مبنيَّة على أصل فنتكلَّم فيه،[2] ثم نعود إليها فنبيِّن كيف البناء على ذلك الأصل.

وذلك الأصل إذا غصب مالاً فتصرف فيه[3] واتّجر [4] وربح،أو كان عنده وديعة فتعدَّى فيها واتّجر [5] وربح،لِمَن يكون الرِّبح ؟

/**فيها** [6] **قولان:** [7]

[أحدهما] [8] **كان في القديم يقول:** الرِّبح كلُّه لربِّ المال؛ [9]لأنّا لو جعلنا الرِّبح كلَّه للغاصب والمودَع [10] صار ذريعة/ إلى غصب المال والتجارة فيها [11] والتعدِّي في الأمانات والودائع،فجعلنا الرِّبح كلَّه لربِّ المال حفظاً للأموال وصيانة لها. [12]

٢٨/ل/٦ب

---

(1) مختصر المزني ص ١٣٣.

(2) في ب (عليه).

(3) فتصرف فيه:ساقط من نسخة ب

(4) في ب (فاتجر فيه)

(5) في ب (فاتجر).

(6) قوله (فيها)بداية ٨/ل/١٦ب من (ب)

(7) وقد تقدمت هذه المسألة في كتاب الغصب ص٢٦٣.

(8) [أحدهما]زيادة من ب.

(9) انظر/ الحاوي ٣٣٦/٧-٣٣٧، بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،حلية العلماء ٥/ ٣٣٦،فتح العزيز ٢٨/٦.

(10) في ب (أو المودَع)

(11) في ب (فيه).

(12) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،البيان ٢٠٤/٧.

وهذا قول فاسد.

والقول الثَّاني: قاله في الجديد ،وهو الصحيح أنّ الرِّبح كلّه للغاصب لاحقَّ لربِّ المال فيــــه ؛[1] لأنّـــه لا يخلـــو أن يكـــون تصرُّفـــه في العــــــين[2] أو في الذِّمَّة.

فإن كان في العين بطل العقد ولا ربح. [3]

وإن كان في الذِّمَّة ملك المشتري العين ووجب ثمنها في ذمَّته،فإذا دفع الثمن من مـــال العين فإنّما قضى دينه به،والمبيع له ،فما كان من ربح فهو ربـــح ملكــه ،لا حـــقّ لغيره فيه. [4]

ويفـــارق هـــذا مـــا قـــالوه مـــن الذريعـــة؛لأنّ حســـــم هـــــذا والمنـــــع مـــــن غصــــــب الأوَّل والتعـــــــــدِّي في الودائـــــــــع بمـــــــا يرتكبه من المعصيـــة ويخافـــه مـــن الإثم،فإنّـــه يـــأثم بـــالتعدِّي ويضمـــن ذلـــك لا غير؛ [5]ألا ترى أنّ القول قول المودَع في ردِّ الوديعة؟ [6] و لم يقل أحد لا يكـــون القول قوله؛ لئلَّا يكون ذريعة إلى ادعاء ردِّها على أربابها، بل [7] حفظ ذلك بالدِّين وخوف الإثم، كذلك هاهنا.

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٣٣٦-٣٣٧، بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،البيان ٧/٢٠٥،حلية العلماء ٥/ ٣٣٦.

[2] أي في عين مال الغاصب .

[3] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،البيان ٧/٢٠٤-٢٠٥.

[4] انظر/ البيان ٧/٢٠٥،فتح العزيز ٦/٢٨.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٩.

[6] انظر/ الوسيط ٤/٥١٥

[7] بل :ساقطة من نسخة ب

واختلف أصحابنا رحمهم الله في قوله القديم على ما ذا بناه ؟

فقال شيوخنا الخراسانية [1] مثل القفال [2] وغيره: بناه على أنّ البيع الموقوف يصحُّ عنده،[3] فإنّ له في بيع الموقوف قولين:

أحدهما: يصحُّ ، [4] كقول أبي حنيفة. [5]

والثّاني: باطل . [6]

فإذا قلنا: يصحُّ كان الرِّبح كلُّه لرب المال . [7]

---

(1) سلك أصحاب الشافعي في استنباط الأحكام وتخريج المسائل وتفريعها على أصول الشافعي طريقتين عرفت إحداهما :

بطريقة العراقيين ،وهم الذي سكنوا العراق وإمامهم أبو حامد الأسفراييني ،ومن العراقيين القاضي أبو الطيب الطبري .

والأخرى بطريقة الخراسانيين :وهم الذي سكنوا خرسان وما حولها وإمامهم أبو بكر عبد الله المروزي .

قال النووي في المجموع ((وطريقة العراقيين في نقل نصوص الشّافعيّ وقواعد مذهبه ووجوه متقدمي أصحابه ،أتقن وأثبت من نقل الخراسانيين غالباً،والخراسانيين أحسن تصرفاً وتفريعاً وترتيباً غالباً).١١٢/١.

و انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢١٠/٢/١،المذهب عند الشافعية ص٩٤.

(2) هو محمد بن علي بن إسماعيل أبو بكر الشاشي القفال الكبير أحد أعلام المذهب ،مولده سنة إحدى وتسعين ومائتين وسمع من أبي بكر ابن خزيمة ومحمد بن جرير وأبي القاسم البغوي ،وأخذ عن أبي الليث الشالوسي عن ابن سريج، وعنه انتشر فقه الشّافعيّ في ما وراء النهر،وله كتاب حسن في أصول الفقه وله شرح الرسالة،ودلائل النبوة ،ومحاسن الشريعة وأدب القضاء جزء كبير وتفسير كبير ،،وإذا ذكر القفال الشاشي فالمراد هذا وإذا ورد القفال المروزي فهو الصغير ،مات في ذي الحجة سنة خمس وستين وثلاثمائة وهو الصحيح ، وذكر الشيخ أبو إسحاق أنه مات سنة ست وثلاثين .

انظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢٧٨/٢/١،طبقات الشّافعيّة لابن قاضي شهبة ١٥١/١.

(3) انظر/التهذيب ص١٠٦،بحر المذهب ٩/ل ١٢٩، البيان ٢٠٥/٧.

(4) وهو قوله القديم .انظر/ الوسيط ٢٢/٣،الروضة ٣٥٥/٣،مغني المحتاج ١٥/٢.

(5) انظر/ مختصر الطحاوي ص٨٢-٨٣،شرح فتح القدير ٥١/٧.

(6) وهو قوله الجديد .

انظر/ الوسيط ٢٣/٣،الروضة ٣٥٥/٣،مغني المحتاج ١٥/٢.

(7) انظر/ المهذب ٢٢٩/٢،البيان ٢٠٥/٧.

وقال أبو العباس[1]**وأبو إسحاق:**[2] لم يختلف قول الشَّافعيّ رحمه الله أنّ البيع الموقوف باطل،والشَّافعيّ رحمه الله قد ذكر في القديم ما بنى هذا عليه،فإنّه علّل أنّ هذا مصلحة وحفظ للأموال،ويؤيِّد هذا أنّ الشَّافعيّ رحمه الله لم يفصِّل بين أن يكون التَّصرُّف في العين أو في الذِّمَّة،وإنّما يتصوَّر الموقوف إذا كان التَّصرُّف بعين المال،فأمَّا إذا كان في الذِّمَّة فلا يقف شيء بحال.[3]

إذا ثبت أنّ / الشَّافعيّ رحمه الله[4]إنّما[5] بناه على هذا الأصل، فإنّ ربح الغاصب ومن خان في الوديعة على قولين،[6]وبنى هذه المسألة على هذا الأصل .[7]

فإذا قارض العامل عاملاً آخر لم يصح؛لأنّه تصرَّف في مال الغير بغير أمره.[8][9]

فإن كان عالماً فهو متعدٍّ آثم،وإن كان جاهلاً فلا إثم عليه وهو متعدٍّ.

فإذا تصرَّف وظهر في المال ربح ،فإن قلنا بقوله القديم وأنّ الرِّبح كلّه لربِّ المال[10] فإنّ المزني رحمه الله نقل أنّ لربِّ المال نصف الرِّبح،والباقي بين العامل الأوّل،والثّاني نصفين.

واختلف أصحابنا رحمهم الله في هذا:

فمنهم من قال: ما نقله المزني /صحيح؛[1]لأنّ ربَّ المال شرط أن يكون له من الرِّبح النِّصف ورضي به،وأن يكون نصف الرِّبح للعامل، وقد حصل له ما شرط فلا شيء

---

[1] ابن سريج وقد تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[2] المروزي وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[3] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،البيان ٧/٢٠٥.

[4] قوله (الشَّافعيّ رحمه الله) بداية ٨/ل/١٧أ من ب.

[5] إنّما: ساقطة من نسخة ب

[6] كما تقدم ص٥٦٨.

[7] وهو حكم البيع الموقوف .

[8] في ب (إذنه)

[9] كما تقدم ص٥٦٧.

[10] في مسألة الغصب.

له سواه،ويفارق هذا ربح الغاصب ؛لأنّ ربّ المال ما رضي بتصرفه ولا شرط لأحد ربحاً ؛فلهذا كان كلُّ الرِّبح [2] له[3]،فإذا كان له [4] نصف الرِّبح [5] كان النِّصف الباقي بين العامل الأوَّل والثَّاني نصفين [6] ؛لأنّه قال :على أنّ ما رزق الله من ربح كان بيننا نصفين،وهذا هو القدر الذي رزق الله؛لأنّ ما أخذه ربُّ المال بمنزلة المعدوم التالف،فكان كأنّه لا ربح فيه سوى هذا النِّصف ،فكان بينهما،ولا شيء للعامل الثَّاني على الأوَّل؛لأنّه قد حصل له المسمَّى المشروط.[7]

ومنهم من قال: يجب على ما قاله المزني لربِّ المال النِّصف،والباقي بين العامل الأوّل والثَّاني نصفين ،ولكن يرجع العامل الثَّاني على العامل الأوَّل بنصف أجرة مثله على المال؛[8]لأنّه دخل على أن يسلَّم له نصف الرِّبح من كلِّ المال فسلَّم له الرُّبعُ فكان له

=

[1] وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي على بن أبي هريرة وجمهور الشَّافعيّة . فتح العزيز ٢٩/٦،الروضة ١٣٣/٥.

[2] في ب (الربح كله)

[3] إذ أن الربح كله له على الجديد كما تقدم قي ص٥٦٩.

[4] أي لرب المال في مسألة القراض.

[5] وهو الصحيح ،وفي وجه أنّ له جميع الربح ،وسيذكر المصنف هذا .

انظر/ التهذيب ص١٠٧،البيان ٢٠٥/٧،فتح العزيز ٢٩/٦،الروضة ١٣٣/٥.

[6] وهو الأصح.وهو قول أبي على بن أبي هريرة .

انظر/ التهذيب ص١٠٧،البيان ٢٠٥/٧،فتح العزيز ٢٩/٦،الروضة ١٣٣/٥.

[7] وبنحوه في الحاوي ٣٣٨/٧،المهذب ٢٢٩/٢،البيان ٢٠٥/٧،فتح العزيز ٢٩/٦.

[8] وهذا إذا قال :على أن ربح هذا المال بيننا ،أو على أن لك نصفه :

ففيه وجهان :أحدهما ما ذكره المصنف هنا .

والثَّاني : وبه قال المزني وأبو إسحاق لا يرجع بشيء ،وهو الأصح .

- أما إذا قال :على أن ما رزقنا الله من الربح بيننا،فلا رجوع على المذهب ،وبه قطع الأكثرون ،لأنَّ النِّصف هو الذي رُزِقاه ،وعن الشيخ أبي محمد طرد الوجهين ؛لأنَّ المفهوم ،بشطر جميع الربح .

انظر/الإبانة ل/١٦٥، التهذيب ص١٠٨،فتح العزيز ٢٩/٦-٣٠،الروضة ١٣٣/٥.

أجرة مثله في مقابلة ما لم يسلِّم له،[1] كما قلنا فيه: إذا كان القراض فاسداً لم يكن للعامل شيء من الرِّبح، وتكون له أجرة مثله؛لأنّ المُسمَّى ما سُلِّم له ،[2] كذلك هاهنا يكون له حقُّه ممَّا سُلِّم ،وأجرة مثله ممَّا لم يسلَّم له.

وأمَّا على قوله الأوَّل فإنّ الرِّبح كلّه للغاصب، [3] وعلى هذا فرَّع المزني رحمه الله فقال:[إنّ] [4] الرِّبح كلّه للعامل الأوَّل، وللعامل الثَّاني أجرة مثله / على [5] العامل الأوَّل . [6]

واختلف أصحابنا في ذلك على طريقين:

فمنهم من قال: غلط المزني في التفريع، بل الرِّبح كلُّه للعامل الثَّاني لا شيء لغيره فيه؛لأنّه هو المتعدِّي بالتَّصرُّف، فكان كلُّ الرِّبح له، [7] كما قلنا في ربح الغاصب. [8]

ومنهم من صوَّب المزني رحمه الله وقال: الرِّبح كلُّه للعامل الأوَّل؛ [9] لأنّ الثَّاني وإن كان متعدِّياً فإنّه نوى الشِّراء للعامل الأوَّل،وإن كان الملك له فوجب أن يكون الرِّبح لمن انتقل الملك إليه،[1] ويفارق الغاصب؛لأنّه نوى الشِّراء لنفسه، فكان الملك له

---

[1] انظر/ البيان ٧/٢٠٥،فتح العزيز ٦/٣٠.

[2] كما تقدم ص٥٢٤.

[3] وهو قوله الجديد ،كما تقدم ص٥٦٩،وذلك إذا كان الشراء في الذِّمَّة ،أمَّا إذا كان بعين مال القراض كان فاسداً.انظر/ التهذيب ص١٠٦،بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،البيان ٧/٢٠٥.

[4] [إنّ] ساقطة من أ.

[5] قوله (على العامل)بداية ٨/ل/١٧ب من (ب).

[6] انظر/ الحاوي ٧/٣٣٨،المهذب ٢/٢٢٩،التهذيب ص١٠٦.

[7] انظر المراجع السابقة،و بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،البيان ٧/٢٠٦،حلية العلماء ٥/ ٣٣٧.

[8] كما تقدم ص٥٦٩ .

[9] وبه قال ابن أبي هريرة . انظر/ الحاوي ٧/٣٣٨-٣٣٩،بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،حلية العلماء ٥/ ٣٣٧.

لمن انتقل الملك إليه،[1] ويفارق الغاصب؛لأنّه نوى الشّراء لنفسه، فكان الملك لـــه لا غير،وللعامل الثّاني على الأوّل أجرة مثله على الأوّل[2]؛لأنّه عمل في قراض فاسد.[3]

هذا الكلام في الرِّبح.

فأمّا الكلام في الضّمان فعلى الأوّل الضّمان؛لأنّه تعدّى،وعلى الثّاني أيضاً الضّمان؛لأنّه قبض على يد ضامنة،ولربِّ المال مطالبة [من][4] شاء منهما.[5]

فإن كان المال قائماً استردّه و لا كلام.

وإن كان تالفاً فإن ضُمِّن الأوّل/ لم يرجع الأوّل على الثّاني[6] ؛لأنّه يقول لـــه[7] :دخلت على أنّه أمانة في يديك ولا ضمان عليك،وإن ضُمِّن الثّاني فـــهل للثّـــاني أن يرجع على الأوّل أم لا ؟.

٢٩/أ/٦

على قولين:

أحدهما: يرجع عليه؛[8]لأنّه غرّه.

والثّاني: لا يرجع عليه؛[9] لأنّ التلف كان في يده واستقرَّ[1] الضّمـــان عليـــه،والله أعلم.

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢٢٩،البيان ٧/٢٠٦.

[2]على الأوّل :ساقطة من نسخة ب

[3]انظر/ الحاوي ٧/٣٣٨-٣٣٩،بحر المذهب ٩/ل ١٢٩،البيان ٧/٢٠٦.

[4]في أ (ما).

[5]انظر/ الحاوي ٧/٣٣٨،بحر المذهب ٩/ل ١٢٩.

- قال النووي : (هذا كله إذا تصرف الثّاني وربح أما لو هلك المال في يده فإن كان عالما بالحال فغــاصب وإن ظن العامل مالكاً فهو كالمستودَع من الغاصب؛ لأن يده أمانة ،وقيل كالمتّهب من الغاصب لعــود النفع إليه وقد سبق بيانهما ضمانا وقرار). الروضة ٥/١٣٣-١٣٤.

[6]انظر/ البيان ٧/٢٠٦.

[7]له :ساقطة من نسخة ب.

[8]وهو قوله القديم .انظر/ البيان ٧/٢٠٦.

[9]وهو قوله الجديد.انظر المرجع السابق .

[٨٧] مسـألـة

قال الشَّافعيّ رحمه الله : ((**وَإِذَا [٢]حَالَ عَلَى سِلْعَةٍ فِي الْقِرَاضِ حَوْلٌ وَفِيهَا رِبْحٌ فَفِيهَا قَوْلانِ..الفصل إلى آخره**)) . [٣]

وهذا كما قال.

إذا دفع إليه ألفاً قراضاً على أنّ ما رزق الله من ربح كان بينهما نصفين ،كان حول الفائدة حول الأصل؛ [٤] لأنّ الفائدة هكذا حكمها كالسِّخال [٥] ، فإنّه إذا كان له أربعون شاة فتناتجت فإنّ [٦] حول السِّخال حول الأصل ،فإذا حال حول الأصل وجبت الزكاة في الكلّ، [٧] ولكن على من تجب ؟

في ذلك قولان : [٨]

=

[١] في ب (فاستقر).

[٢] في المختصر المطبوع (وإن)ص١٣٣.

[٣] مختصر المزني ص١٣٣ ،وتمامه (أحدهما: أنّ الزكاة على رأس المال والربح وحصة ربح صاحبه ولا زكاة على العامل ؛لأنّ ربحه فائدة، فإن حال الحول منذ قوِّم صار للمقارض ربح زكاه مع المال؛ لأنّه خليط بربحه، وإن رجعت السلعة إلى رأس المال كان لرب المال. والقول الثَّاني: أنها تزكي بربحها لحولها؛ لأنها لرب المال ولا شيء للعامل في الربح إلا بعد أن يسلِّم إلى رب المال ماله. قال المزني: هذا أشبه بقوله؛ لأنه قال: لو اشترى العامل أباه، وفي المال ربح كان له بيعه، فلو ملك من أبيه شيئًا لعتق عليه وهذا دليل من قوله على أحد قوليه وقد قال الشَّافعيّ رحمه الله: لو كان له ربح قبل دفع المال إلى ربه لكان به شريكاً، ولو خسر حتى لا يبقى إلا قدر رأس المال كان فيما بقي شريكًا لأن من ملك شيئًا زائدًا ملكه ناقصاً. قال الشَّافعيّ رحمه الله: ومتى شاء رب المال أخذ ماله ومتى أراد العامل الخروج من القراض فذلك له).

[٤] انظر/ الأم ٦٦/٢،الحاوي ٣٤١/٧،الروضة ٢٨٠/٢.

[٥] السخال :جمع سخلة والسخلة ولد الشاة من المَعَز والضَّأن ذكراً كان أو أُنثى والجمع سَخْلٌ وسِخَالٌ وسِخَلةٌ و سُخْلانٌ.لسان العرب ٣٣٢/١١

[٦] في ب (كان)

[٧] انظر/ الأم ١٧/٢،المهذب ٢٦٦/١.

[٨] وذلك إذا كانا مسلمين،وإن كانا كافرين فلا زكاة عليهما.

=

أحدهما: زكاة الكلّ على ربّ المال [1] ،واختاره المزني. [2]

والثّاني: على ربّ المال زكاة الأصل،وزكاة حصّته من الرِّبح، وعلى العامل زكاة حصّته من الرِّبح،[3]وبه قال أهل العراق [4] وهو الأصحُّ، وأصل المسألة متى يملك العامل حصّته من الرِّبح؟/فإنّه على [5] قولين: [6]

أحدهما: يملك حصّته بظهور الرِّبح.

والثّاني: يملكها بالمقاسمة والمفاصلة،ولا ملك له قبل ذلك.

فإذا قلنا: زكاة الكلّ على ربّ المال [7] فالدليل عليه:

=

وإن كان رب المال مسلماً ،والعامل كافراً ،فإن قلنا :إن زكاة الجميع على رب المال وجب عليه إخراج زكاة الجميع ،وإن قلنا أنه لا تجب عليه زكاة نصيب العامل فعلى ربّ المال إخراج زكاة رأس المال ،وحصّته من الربح ولا تجب زكاة نصيب العامل على أحدهما .

وإن كان رب المال كافراً والعامل مسلماً.

فإن قلنا :الجميع للمالك قبل القسمة فلا زكاة ، وإن قلنا للعامل حصة من الربح ففي وجوب الزكاة عليه القولان.

انظر/ مختصر المزني ص ٥٩،البيان ٣٢٩/٣،الروضة ٢٨٠/٢-٢٨١.

[1] انظر/ الأم ٦٦/٢،الحاوي ٣٤١/٧و ٣٠٦/٣-٣٠٧.،المهذب ٢٩٧/١،البيان ٣٩٢/٣.

[2] قال في كتاب الزكاة باب الزكاة في مال القراض (قال المزني: أولى بقوله عندي أن لا يكون على العامل زكاة حتى يحصل رأس المال ،لأن هذا معناه في القراض لأنه يقول: لو كان له شركة في المال ثم نقص قدر الربح.كان له في الباقي شرك،فلا ربح له إلا بعد أداء رأس المال). مختصر المزني ص ٥٩.

[3] انظر/ المرجع السابق ،الحاوي ٣٤١/٧و ٣٠٦/٣-٣٠٧.،المهذب ٢٩٧/١،البيان ٣٩٢/٣.

[4] والمراد بهم الحنفية ،والمضارب لا يؤخذ منه زكاة وهو الصحيح؛ لانعدام الملك وذُكر أنّ أبا حنيفة كان يقول بعشر المضاربة ثم رجع فيهما على الصحيح ؛لعدم الملك.

انظر/ المبسوط ٢٩/٣،بدائع الصنائع ٥٩/٤،حاشية ابن عابدين ٣١٧/٢.

[5] قوله (فإنّه على)بداية ٨/ل/١٨أ من (ب).

[6] وقد تقدم هذان القولان ،وأنّ الأظهر منهما أنّه يملك نصيبه من الربح بالمقاسمة ص٥٥٢.

[7] وذلك على القول أنّ العامل يملك الربح بالمقاسمة ،وهو المذهب ،قال الرُّوْياني في بحر المذهب ٩/ل ١٣٠(وهذا أصح).

وانظر/ المهذب ٢٩٧/٢،البيان ٣٢٩/٣،فتح العزيز ١٢٥/٣، المجموع ٣٠/٦،الروضة ٢٨٠/٢.

=

قال المزني : (**من ملك الشيء زائداً، ملكه ناقصاً، كالشريكين**) .[١]

وأجمعنا [٢] على أنّ العامل إذا نقص المال حتى لا يكون فيه ربح لم يملك شيئاً منه ،فكذلك إذا زاد.

قال: ولأنّ الرِّبح وقاية لربِّ المال؛[٣]بدليل أنّه متى كان في المال نقص جُبر بالرِّبح،فإذا كان وقاية له كانت زكاته على من وقى ماله به.[٤]

ولأنّ القراض يقع صحيحاً وفاسداً.

فإذا كان صحيحاً كان للعامل ما شرط له إن كان في المال ربح ،ولا شيء له إن لم يكن في المال ربح.

وإن كان فاسداً كان له أجرة مثله ،سواء كان فيه ربح ،أو لا ربح فيه [٥] ،فثبت أنّ ما يجب له في القراض الفاسد أقوى وآكد ممَّا يجب له في الصحيح،ثم ثبت أنّه لا زكاة عليه فيما ملكه في الفاسد، فبأن لا يجب عليه فيما ملكه في الصحيح أولى.

قال: ولأنّ هذا المال [٦] متردِّد بين أن يسلَّم للعامل ،أو لا يسلَّم له ، فإنّه إن سُلِّم كان له، وإن هلك فلا شيء له،وإذا [٧] تردَّد بين أن يسلَّم وبين أن لا يسلَّم أوجب [٨] /أن لا تجب الزكاة فيه كمال المكاتب .[٩]

/٦

=

قال النووي : (ورأى الإمام تخريج لوجوب في نصيب العامل على الخلاف في المغصوب ؛والمحجور لتأكد حقه في حصَّته)الروضة ٢/٢٨٠

[١] مختصر المزني ص ١٣٣.

[٢] والمراد بالإجماع الاتفاق مع المخالف في المسألة.

[٣] كما تقدم ص٥٧٥.

[٤] انظر/ التهذيب ٣/١١٢.

[٥] كما تقدم ص٥٢٤.

[٦] وهو الربح في مال القراض.

[٧] في ب(وإن).

[٨] في ب (وجب).

[٩] انظر/ المهذب ١/٢٦٣،المجموع ٥/٥٠٦،الروضة ٢/١٥٠.

وإذا قلنا :على العامل زكاة حصَّته وأنَّها يملكها بالظهور،[1]فوجهه:أنّ هذا عقد على عين ببعض نمائها ،فوجب أن يملك المستحق من النماء بالظهور ، كالمساقاة. [2]

ولأنَّه لا خلاف أنّ للعامل مطالبة ربِّ المال بالمقاسمة إذا نضَّ المال وفيه ربح، [3] فوجب أن يكون شريكاً فيه.

وتحريره :كلُّ من ملك مطالبة غيره بقسمة ماله بينه وبين شريكه وجب أن تكون الزكاة عليه ،كالمال بين الشريكين،[4]فلا يدخل عليه إذا نضَّ مال المفلس؛ فإنّ الغرماء لا يطالبون بالمقاسمة ،وإنّما يملكون المطالبة بتفرقته بينهم بالحصص.

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٤١/٧و ٣٠٦/٣-٣٠٧.،المهذب ٢٩٧/١،البيان ٣٩٢/٣.

-إذا قلنا يملك حصَّته بالظهور فعلى المالك زكاة رأس المال ونصيبه من الربح ،وهل على العامل زكاة نصيبه ؟

فيه طرق :

أحدها :أنّه على قولين كالمغصوب ؛لأنّه غير متمكن من كمال التصرف .

والثاني: القطع بالوجوب؛ لتمكنه من التوصل بالمقاسمة.

والثالث: القطع بالمنع ؛لعدم استقرار ملكه لاحتمال الخسران .

والمذهب الإيجاب سواء أثبتنا الخلاف أم لا .

فعلى هذا فابتداء حول حصَّته من حين الظهور على الأصح المنصوص .

والثاني: من حين يقوَّم المال على المالك لأخذ الزكاة .

والثالث: من حين القسمة ؛لأنّه وقت الاستقرار.

والرابع حوله حول رأس المال.الروضة ٢٨١/٢،و انظر/مغني المحتاج ٤٠١/١.

[2] حيث يملك العامل في المساقاة الثمرة بالظهور .

وقيل :إن فيه قولين كالقراض ،وسيأتي مزيد تفصيل في كتاب المساقاة ص٧٠٩.

انظر/ المهذب ٢٤٠/٢،الروضة ١٦٠/٥.

[3] كما تقدم ص٥٥٦.

[4] فتجب الزكاة عليهما بقدر حصَّتهما في المال، كما تقدم في رأس المسألة.

والدليل على أنّه لا تجب زكاة الكلّ على ربّ المال هو: أنّ ربّ المال يقول: حصّة العامل متردّدة بين أن تسلّم فتكون له ،وبين أن لا تسلّم، فلا تكون له ولا لي ،فكيف تلزمني زكاة مال لا يكون لي بحال ؟.

فأمّا الجواب / عن قول [1] المزني (**من ملك الشيء زائداً ملكه ناقصاً كالشريكين**) [2] فهو أنّ المعنى في الشّريكين أنّهما دخلا على هذا ؛فلهذا ملكاه زائداً وناقصاً ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّ العامل دخل على أنّه يملك زائداً ولا يملك ناقصاً ،فكان على ما دخل عليه،وقد يكون الشيء يملك الزيادة دون النقصان،ألا ترى أنّه لو أوصى بثلث ماله لرجل وما بقي بعد الثلث فلفلان منه ألف درهم، كان له الثلث الذي أوصى له به [3] ،وما زاد على الثلث يكون للآخر منه ألف درهم،ولو لم يزد على الثلث شيء لم يكن لصاحب الألف شيء، فهو يملك في الزيادة ولا يملك في النقصان كذلك في مسألتنا.

ويبطل أيضاً ما ذكره بحصّة صاحب المال من الرِّبح، فإنّه يملكها زائداً ولا يملكها ناقصاً؛لأنّه متى ذهب الرِّبح كلّه لم يكن لربّ المال غير رأس ماله، [4] فهو يملك الرِّبح زائداً ولا ربح له إذا كان ناقصاً،ولو كان على ما قال المزني لوجب إذا ذهب الرِّبح الذي هو نصيب ربّ المال أنّ الذاهب يكون منه ومن أصل المال، كما لو ملك مالاً من جهتين، ألفاً من إرث وألفاً من هبة ،فخلطهما،وذهب شيء كان الذاهب منهما.

فلمّا ثبت في مسألتنا أنّ الذّاهب من الرِّبح [5] ثبت أنّه ملك حصّته زائداً، و لم يملكه ناقصاً.

---

[1] قوله (عن قول)بداية ٨/ل/١٨ب من (ب).

[2] المتقدم ص٥٧٧.

[3] في ب (به له)

[4] كما تقدم ص٥٥٦.

[5] لأنّ الربح وقاية لرأس المال كما تقدم ص٥٧٧.

وأمّا الجواب عن قوله: (**إنّ الرِّبح وقاية لمال ربّ المال**) فهو باطل بالرِّهن،فإنّه وقاية لمال المرتهن، ومع هذا فالزكاة على غيره وهو الراهن. [1]

وأمّا الجواب عمّا قاله/ من الأجرة في القراض الفاسد: فهو أنّ الأجرة دين للعامل في ذمّة ربّ المال ،والزَّكاة تجب عليه فيها على قوله الجديد [2] ؛لأنّها دين فلا نسلّم ما ذكره.

وأمّا الجواب عن قوله (**إنّ هذا المال متردّد بين أن يسلّم له** [3] ،**وبين أن لا يسلّم له** [4] ،**فهو كمال المكاتب في أنّ الزكاة لا تجب فيه**) فهو أنّ المكاتب منقوص بالرقّ؛[5]فلهذا لم تجب الزكاة في ماله، لا بكونه متردّداً بين أن يسلّم،وبين أن لا يسلّم له ؛بدليل أنّ من نصفه حرٌّ ونصفه عبدٌ يملك بما فيه من الحرِّية ملكاً مستقراً ،يورث عنه على/ أحد [6] القولين، [7] والزَّكاة لا تجب في ماله ، [1]وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّه [2] كامل الحرِّية ؛فلهذا أوجبنا الزَّكاة عليه.

---

[1] انظر/ الوجيز ١/٩٠.

[2] ،الدين الثابت على الغير له أحوال:

أحدها: أن لا يكون لازماً كمال الكتابة فلا زكاة فيه.

والثّاني: أن يكون لازماً وهو ماشية فلا زكاة أيضاً.

الثالث :أن يكون دراهم أو دنانير أو عروض تجارة فقولان :

القديم :لا زكاة في الدين بحال .

والجديد: وهو المذهب الصحيح المشهور وجوبها في الدَّين على الجملة.الروضة ٢/١٩٤.

وانظر/ التنبيه ص٥٥،كفاية الأخيار ص١٥٢.

[3] له: ساقطة من نسخة ب.

[4] له :ساقطة من نسخة ب.

[5] إذ أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

انظر/ التنبيه ص١٤٧،الوسيط ٧/٥١٨.

[6] قوله (أحد) بداية ٨/ل/١٩أ من (ب).

[7]وهل يورث منه ما جمعه بالحرية فيه قولان :

قال في الجديد :يرثه ورثته؛ لأنّه مال ملكه بالحرية فوُرث عنه كمال الحر.

=

واحتجَّ المزني أيضاً بثلاثة فصول:-

فقال: قد قال الشَّافعيّ: ((إذا اشترى العامل أباه لم يَعْتِق عليه، سواء كان في المال ربح، أو لم يكن فيه ربح)).[3] فلو كان قد ملك حصَّته بالظهور لوجب أن يَعْتِق نصيبه منه.

فالجواب: أنّ الشَّافعيّ رحمه الله إنّما أجاب بذلك على القول الذي يقول لا يملك حصَّته بالظهور .

وأمَّا على القول الآخر فقد قلنا: إنّ المسألة على وجهين:

أحدهما: يَعْتِق،فعلى هذا لا الكلام.

والثَّاني: لا يَعْتِق،فعلى هذا إنَّما لم يَعْتِق؛لأنّ ملكه ما استقرَّ عليه؛ لتعلُّق حقِّ الغير به.[4]

الفصل الثَّاني: قال: من ملك الشيء زائداً ملكه ناقصاً.

=

وقال في القديم لا يورث ؛لأنّه إذا لم يرث بحريته لم يورث بها.

وما الذي يصنع بماله ؟.

قال الشَّافعيّ :يكون لسيده، وقال بو سعيد الإصطخري يكون لبيت المال؛ لأنّه لا يجوز أن يكون لسيده؛ لأنّه جمعه بالحرية فلا يجوز أن يورث ؛لرقه، فجعل لبيت المال، ليصرف في المصالح ،كمال لا مالك له.المهذب ٢/٤٠٧.

انظر/ التنبيه ص١٥١،الوسيط ٤/٣٦٢.

[1]وفي وجوب الزكاة على من نصفه حر ونصفه عبد وجهان:

أحدهما :أنّه لا تجب عليه الزكاة ؛لأنّه ناقص بالرق فهو كالعبد القن.

والثّاني :أنّها تجب فيما ملكه بنصفه الحر وهو الصحيح ؛ لأنّه يملك بنصفه الحر ملكاً تاماً فوجبت الزكاة عليه كالحر..

وانظر/ المهذب ١/٢٦٠،حلية العلماء ٣/ ٨،الروضة ٢/١٥٠.

[2]أي العامل .

[3]مختصر المزني ص ١٣٣

[4]وقد تقدم ص٥٥٣-٥٥٣.

وهذا قد أجبنا عنه .[1]

الفصل الثالث: قاله [2] في جامعه الكبير [3]: لو قلنا يملك العامل حصَّته بالظهور أفضى إلى بطلان القراض؛ فلأنّه إذا كان رأس المال ألفاً فربح ألفاً ملك العامل خمسمائة،وربُّ المال ألفاً وخمسمائة،فإذا ربح بعد ذلك يجب أن يكون للعامل ربح حصَّته ،ينفرد به، وربح الألف وخمسمائة بينه وبين ربِّ المال،وإنَّما دخل على أنّ له نصف الرِّبح ،فيتناقض ذلك ،فيبطل القراض. [4]

والجواب: أنّه لا يفضي إلى هذا؛لأنّه إنّما دخل على أنّ الذي له من الرِّبح النِّصف من كلّ ربح يحصل في القراض ،وكلُّ ربح يحصل فيه، فإنَّما هو ملك زاد على رأس المال، لا شيء له سواه،وإذا صحَّ ذلك ثبت ما قلناه،والله أعلم.

---

[1] ص٥٧٩.

[2] أي المزني

[3] والكتاب مفقود.

[4] لم أعثر على من نقله عنه.

فـــصـــل

قد مضى الكلام في زكاة القراض .[1]

فأمَّا إذا أسلم [2] إليه نخلاً أو كَرْماً مساقاة فأثمرت ،وبدا الصلاح فيها، ووجبت فيها الزكاة فعلى من تجب الزكاة ؟.

اختلف أصحابنا في ذلك على طريقين:

منهم من قال: فيه قولان /كالقراض سواء؛[3]لأنّه عمل على أصل يشتركان في نمائه.

ومنهم من قال: الزكاة بينهما بالحصص قولا واحداً،وهو المذهب. [4]

والفرق بينهما هو أنّ الرِّبح إذا ذهب [5] في القراض فعلى قولين:

أحدهما: لا يملك العامل حصَّته،فعلى هذا زكاة الكل على ربِّ /المال . [6]

والثّاني: يملك بالظهور ،ولكنَّه وقاية لمال ربِّ المال ،فلا زكاة عليه لما هو وقاية لملك غيره ، [7] وليس كذلك المساقاة؛لأنّ الثمرة إذا ظهرت تكون بينهما،[8] فإن هلك بعضها كان الباقي بينهما،ولو بقي رطبة واحدة و لا يكون وقاية لأصل المال؛ فلهذا كانت الزّكاة بالحصص. [9]

---

[1] من ص٥٧٥.

[2] في ب (سلم).

[3] ويملك العامل في المساقاة حصَّته من الثمرة بالظهور على المذهب .

وقيل :قولان كالقراض.

والفرق على المذهب أنّ الربح في القراض وقاية لرأس المال بخلاف الثمر.الروضة ١٦٠/٥.

[4] انظر/ البيان ٢٦٩/٧.

[5] كذا في المخطوط ولعل الصواب (ظهر)كما يدلُّ عليه السياق .

[6] قوله (المال)بداية ٨/ل/١٩ب من (ب) .

[7] كما تقدم ص٥٧٦.

[8] على المذهب كما تقدم في التعليق رقم٣ .

[9] انظر/ المهذب ٢٤٠/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣٠،البيان ٢٦٩/٧.

فـــــروع

لأبي العباس [(١)] على كتاب أبي ثور[(٢)] رحمهما الله . [(٣)]

إذا قال له:خذ هذه الألف قراضاً على النِّصف ،أو على الثُّلث، أو على الثُّلثـــين، أيُّ شيء قال من هذا صح القراض؛ [(٤)] لأنّ قوله:خذه قراضاً اقتضى إطلاقه أنّ مـــن ربٍّ المالِ المالَ ،ومن العامل العمل،وأنّ الرِّبح بينهما ،فإذا قال على النِّصف، كان ذلـــك تقديراً لقسط العامل فصح ،فإذا صحَّ كان ما شرط للعامل؛لأنّ إطلاق العمل يقتضـي أنّ الرِّبح كلّه لربِّ المال،وإنّما يستِحقُّ العامل بالعمل والشَّرط ،فإذا ذكر الشَّـــرط كان له،والباقي لربِّ المال. [(٥)]

فإن اختلفا ؛فقال العامل:قولك على النِّصف: أردتَ لي، فالقراض صحيح،وقـــال ربُّ المال: بل شرطتُه لنفسي ،فالقراض فاسد،فالقول قول العامل؛[(٦)]لأنّ ظاهر الشَّرط أنّـــه له ،فلا يقبل منه أنّه لغيره . [(٧)]

---

(١) هو ابن سريج ، وقد تقدمت ترجمته ص١٨٧

(٢)وقد تقدمت ترجمته ص١٤٧.

(٣)ولأبي ثور كتاب مبسوط على ترتيب كتب الشّافعيّ،ولعله لمراد هنا ،و لم أقف عليه .
انظر/ الفهرست لابن النديم ص٢٩٧.

(٤) ونقله عن أبي سريج ،الرُّوْياني في بحر المذهب ٩/ل ١٣١،والعمراني في البيان ١٩١/٧.
ورجحه الإسنوي أخذاً من كلام الرافعي.
-وفي وجه :لا يصح ؛لأنّه لم يبين ما لنفسه .
انظر/ مغني المحتاج ٣١٣/٢،نهاية المحتاج ٢٢٧/٥.

(٥) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣١،البيان ١٩١/٧.

(٦)انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣١،مغني المحتاج ٣١٣/٢،نهاية المحتاج ٢٢٧/٥.

(٧) انظر/ البيان ٧/ ١٩١.

فـــــرع

إذا قال:خذه قراضاً على أنّ الرِّبح بيننا ،كان قراضاً صحيحاً، [1] ،وقوله: ((بيننا)) يقتضي نصفين؛لأنّ من قال:هذه الدار بيننا كانت نصفين، [2] كذلك هاهنا.

فـــــرع

إذا قال: خذه فاعمل ،يصلح للقراض، وللقـــرض ،والبِضَاعـــة [3] ،فـــإذا عقَّبـــه بقوله : ((على أنّ الرِّبح بيننا))أخلصته هذه القرينة للقراض؛ [4] فلهذا كان قراضاً.

---

[1] وهو قول أبي العباس ،وهو الأصح .

وفي وجه :أن القراض فاسد ،لأنّ ذاك مجهول ؛لأنّه لايعلم هل يكون الربح بينهما أثلاثاً ،أو نصفين ،فلـــم يصح .

انظر/ الحاوي ٣٤٧/٧، المهذب ٢٢٧/٢، بحر المذهب ٩/ل ١٣١،البيان ١٩٠/٧،حلية العلمـاء ٥/ ٣٣١، فتح العزيز ١٦/٦،الروضة ١٢٣/٥،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣١٣/٢.

[2] انظر/ المهذب ٢٢٧/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣١،البيان ١٩٠/٧.

[3] البِـــضَاعة :من الإبْضاع وهي بعث المال مع من يتَّجر فيه متبِّرعاً ،والبضاعة المال المبعوث.

انظر/ مغني المحتاج ٣١٢/٢،السراج الوهاج ص٢٨٠

[4] ولو قال خذ هذا الألف واتجر فيه على أن الربح بيننا نصفين فقطع القاضي حسين والبغوي بأنه قراض ولا يفتقر إلى القبول .

وقال الإمام قطع شيخي والطبنة العظمى من نقلة المذهب أنه لا بد من القبول بخلاف الجعالة والوكالة ؛لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين. الروضة ١٢٣/٥.

انظر/ الوسيط ١١٤/٤،بحر المذهب ٩/ل ١٣١،فتح العزيز ١٧/٦.

فــــرع

إذا قال: خذه قراضاً على أنّ الرِّبح كلّه لك فهو قرض [1] فاسد، [2] وبه قال :أبو حنيفة رحمه الله . [3]

لأنّ قوله: قراضاً يقتضي المشاركة في الرِّبح ،فإذا شرطه كلّه كان شرطاً ينافي موجبه فبطل . [4]

فإذا قال: خذه قراضاً على أنّ الرِّبح كلّه لي كان أيضاً قراضاً فاسداً . [5]

وقال أبو حنيفة: يكون بضاعة فينفرد ربُّ المال بالرِّبح، ولا شيء للعامل؛لأنّه دخل متطوِّعاً . [6]

وهذا غلط؛لأنّ قوله (قراضاً) يقتضي الاشتراك في الرِّبح،فإذا شرطه كلّه لنفسه فهو شرط ينافي مقتضى القراض/[7] فلم يصح[8]كما لو قال: على أنّ الرِّبح كلّه لك.

٣١/ل/٦

---

[1] كذا في النسختين والصحيح قراض كما يدل عليه السياق ،والمراجع.

[2] انظر/ الحاوي ٣٣٣/٧، المهذب ٢٢٨/٢،الوسيط ١١١/٤،البيان ١٩٥/٧،حلية العلماء ٥/ ٣٣٢.

- وهو الأصح .

- وفي وجه : أنه قراض صحيح رعاية للمعنى.

انظر/ فتح العزيز ١٥/٦-١٦،الروضة ١٢٢/٥،مغني المحتاج ٣١٢/٢.

[3] انظر/ المبسوط ٢٤/٢٢،مختصر اختلاف العلماء ٤٤/٤،الاختيار ٢٣/٣،تكملة فتح القدير ٤٤٧/٨.

[4] انظر/ البيان ١٩٥/٧،الاختيار ٢٣/٣.

[5] انظر/ الحاوي ٣٣٢/٧،المهذب ٢٢٨/٢،الوسيط ١١١/٤، البيان ١٩٥/٧.حلية العلماء ٥/ ٣٣٢.

-وهو الأصح .

وفي وجه أنّه إبضاع .

انظر/ البيان ١٩٥/٧،الروضة ١٢٢/٥-١٢٣،مغني المحتاج ٣١٢/٢.

[6] انظر/ المبسوط ٢٤/٢٢،مختصر اختلاف العلماء ٤٤/٤،الاختيار ٢٣/٣،تكملة فتح القدير ٤٤٧/٨.

[7] قوله (القراض)بداية ٨/ل/٢٠أ من (ب)

[8] انظر/ المهذب ٢٢٨/٢،البيان ١٩٥.

فإذا [1] **قال**: خذه فاعمل به على أنّ الرِّبح كلَّه لك ،و لم يقل قراضاً ،كان [قرضاً]؛ [2] [3]؛لأنّ قوله: خذه فاعمل به يصلح للقراض وللقرض والبضاعة ،فإذا أعقبه بأنّ الرِّبح كلَّه لك كان قرضاً؛لأنّ هذه القرينة أخلصته للقرض. [4]

فإن قال : خذه فاعمل به على أنّ ما زرق الله من ربح كان لي، فإنّه يكون بضاعة ؛ [5]لأنّ هذا القول الأخير أخلصه للبضاعة ،فيكون الرِّبح كلَّه لربِّ المال، ولا شيء للعامل [6] ؛لأنّه دخل فيه للمعاونة تطوُّعاً.

وجملته: أنّ أبا العباس [7] بنى هذه المسائل على أصول [8] ،وهو أنّ كلَّ لفظ كان صريحاً في عقد إذا قرنه بما ينافي مقتضاه بطل بذلك،وأمّا إذا كان اللفظ محتملاً فقرنه بما يصرفه عن الاحتمال إلى جهة تخصُّه صحَّ، وحُمِل على الجهة التي خص بها ، [9] والله أعلم.

---

[1] في ب (فإن)

[2] في أ (قراضاً)والصواب (قرضاً)كما في نسخة ب.

[3] وهو قول ابن سريج والأكثر ين.

انظر/ الحاوي ٣٣٣/٧،المهذب ٢٢٨/٢،التهذيب ص٧٦،بحر المذهب ٩/ل ١٣٣،الوسيط ١١٢،البيان ١٩٥/٧،الروضة ١٢٣/٥.

- وقال الشيخ أبو محمد لا فرق بين الصورتين.

وقال القاضي حسين الربح والخسران للمالك ولعامل أجرة المثل ولا يكون قرضاً لأنّه لم يملكه.

انظر/ فتح العزيز ١٦/٦،الروضة ١٢٣/٥،مغني المحتاج ٣١٢/٢.

[4] انظر/ المهذب ٢٢٨/٢،البيان ١٩٥/٧.

[5] انظر/ الحاوي ٣٣٢/٧،المهذب ٢٢٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣١،البيان ١٩٥/٧

[6] انظر/ الحاوي ٣٣٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣١.

[7] ابن سريج ،وقد تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[8] في ب (أصل)

[9] ونقله عن ابن سريج ،والرُّوْياني في بحر المذهب ٩/ل ١٣٣-١٣٤،البيان ١٩٥/٧.

بتفريع[1] المزني رحمه الله قال المزني[2] : هذه المسائل أجبت فيها على معنى قوله وقياسه،وبالله التوفيق.

[٨٨] مسألة

قال المزني رحمه الله ((**مِنْ ذَلِكَ إِذَا[3] دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفَ دِرْهَم،فَقَالَ: خُذْهَا فَاشْتَرِ بِهَا هَرَوِيّاً[4] أَوْ مَرَوِيّاً[5] بِالنِّصف كَانَ فَاسِدَاً؛لأَنَّهُ لَمْ يُبَيِّنْ،فَإِنِ اشْتَرَى فَجَائِزٌ وَلَهُ أَجْرة مِثْلِهِ،وَإِنْ بَاعَ فَبَاطِلٌ؛لأَنَّ الْبَيْعَ بِغَيْرِ أَمْرِه**)).[6]

وهذا كما قال.

إذا دفع إلى رجل ألفاً وقال له: اشتر بها هَرَوِيّاً أو مَرَوِيّاً بالنِّصف،قال المزني رحمه الله : كان فاسداً،وأجمع أصحابنا رحمهم الله على أنّه قراض .[7] [8]

---

[1] في ب هكذا ((تفريع المزني رحمه الله :هذه المسألة ...)

[2] قال المزني:ساقطة من نسخة ب.

[3] في المختصر المطبوع (لو)ص١٣٤.

[4] ثوب ينسب إلى ((هَرَاة)بلد من خرسان ، النسب إليه هَرَوِيٌّ، قلبت الياء واواً كراهية توالي الياءَات.

انظر/ لسان العرب ٣٦١/١٥ ،القاموس المحيط ص٢١٤،المصباح المنير ٢٤٤.

[5] ثوب ينسب إلى((مَرْو)) وهي مدينة بفارس، النسب إليها مَرْوِيٌّ و مَرَوِيٌّ و مَرْوَزِيٌّ؛ الأخيرتان من نادر معدول النسب ؛ وقال الجوهري: النسبة إليها مَرْوَزِيٌّ على غير قياس، والثَّوبُ مَرْوِيٌّ على القياس.

انظر/لسان العرب ٢٧٦/١٥، المصباح ص٢١٨.

[6] مختصر المزني ص ١٣٣-١٣٤.

[7] أي قراض فاسد.

[8] انظر/ الحاوي ٣٤٣/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٣٠،التهذيب ص٧٩،البيان ٢٠١/٧،فتح العزيز ٢٠/٦-٢١.

واختلفوا في تعليله :-

فقال أبو إسحاق: [1]العلّة ما ذكرها المزنيُّ: وهو أنّه لم يبيِّن بقوله بالنِّصف هل النِّصف له أو للعامل ؟فلذلك فسد القراض. [2]

وقال أبو العباس رحمه الله : [3]ما فسد لهذا ،وإنّما فسد لمعنى آخر :وهو أنَّ القراض يقتضي أن يملك العامل الشِّراء و البيع ؛إمَّا بأن يقول له: خذه قراضاً ،أو بأن ينصَّ عليه فيقول:خذه واشتر وبع،وهاهنا ما جعل إليه غير الشِّراء،[4] فكان ذلك توكيلاً فاسداً في الشِّراء، [5]وإنَّما فسد التوكيل؛لأنّه شرط له أجرة مجهولة ،وهي نصف الرِّبح.

فأمَّا قوله: (بالنِّصف)[6]فلا يفسد القراض؛لأنّ إطلاقه ينصرف /إلى أنّه [7] للعامل، فإنّ ربَّ المال لا يستحقُّ الرِّبح بالشَّرط؛لأنّه ربح ماله. [8]

---

(1) المروزي ،وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

(2) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣١،البيان ٧/٢٠١.

- ونقله الماوردي في الحاوي عن أبي علي بن أبي هريرة .٧/٣٤٤.

انظر/ فتح العزيز ٦/٢١،الروضة ٥/١٢٦.

(3) ابن سريج وقد تقدمت ترجمته ص١٨٧.

(4) انظر/ البيان ٧/٢٠١،فتح العزيز ٦/٢١،الروضة ٥/١٢٦.

- وقيل :يكفي التعرض للشراء ،ويتضمن الإذن في البيع بعده .

فتح العزيز ٦/٢١،الروضة ٥/١٢٦.

(5) ونقله الماوردي في الحاوي عن أبي إسحاق المروزي .٧/٣٤٤.

وهو الأصح .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣١،التهذيب ص٧٩-٨٠،البيان ٧/٢٠١،فتح العزيز ٦/٢٠،الروضة ٥/١٢٦.

(6) وهذا جواب عن تعليل أبي إسحاق المتقدم .

(7) قوله (إلى أنّه)بداية ٨/ل/٢٠ب من (ب)

(8) كما تقدم ص٥٨٤.

والذي يدل على فساد قول أبي إسحاق [1] قول المزني: (**فإن اشترى فجائز،وإن باع فباطل**)؛لأنّ البيع بغير إذنه .[2]

ومن أصحابنا من قال: إنّما فسد؛لأنه شرط التجارة فيما لا يعمّ وجوده ،وهو الهَرَوِيُّ والمَرَوِيُّ، [3]وَغُلِّط في ذلك[4] ؛لأنّ هذين الجنسين مما يعمُّ وجوده./ [5]

٣٢/أ/٦

إذا ثبت هذا فإنّ الشِّراء يكون صحيحاً؛لأنّ الإذن به باق ،كما قلنا في الوكالة الفاسدة . [6]

وليس له البيع؛لأنّه لم يأذن له فيه،فإن فعل فالبيع باطل ويستحقُّ أجرة مثله بالشِّراء، سواء كان في المال ربح أو لا ربح فيه؛لأنّه عمل في قراض فاسد،والرِّبح كلُّه لربِّ المال ،ولا يستحقُّ العامل المسمَّى؛ [7]لأنّ الشَّرط باطل فلمَّا لم يسلَّم له المسمَّى وجب له أجرة المثل.

ولأنّه بذل منافعه ليحصل له المسمَّى ،فإذا لم يحصل له المسمَّى وجب ردُّ منافعه عليه،وذلك فائت ،فكان له بدله، والله أعلم بالصَّواب.

---

[1] المروزي ،وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣١،فتح العزيز ٦/ ٢٠.

[3] ونقله العمراني في البيان عن أبي علي بن أبي هريرة ٧/ ٢٠١.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل البيان ٧/ ٢٠١،فتح العزيز ٦/ ٢٠،الروضة ٥/ ١٢٦.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل البيان ٧/ ٢٠١.

[6] كما تقدم ص٥١١.

[7] انظر/ الحاوي ٧/ ٣٤٤،بحر المذهب ٩/ل ١٣١،البيان ٧/ ٢٠١.

[٨٩] مســألــة

قال رحمه الله: ((**فَإِنْ قَالَ: خُذْهَا قِرَاضاً ،أَوْ مُضَارَبَةً عَلَى مَا شَرَطَ فُلانٌ مِنَ الرِّبْـحِ لِفُلانٍ،فَإِنْ عَلِمِاه** [1] **فجائز،وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد**)). [2]

وهذا كما قال.

إذا قال:خذه قراضاً على أنّ ما رزق الله من ربح كان لك [3] منه مثل ما شـــرط فلان لفلان نظر:-

فإن كانا يعلمان مبلغ ذلك صحَّ؛[4]لأنّه بمنزلة تصريحهما به، فلا فرق بين التصريـــح به،والكناية عنه [5] كما قال الشّافعيّ رحمه الله : في الصلح ،لو قال صالحتك علـــى المال الذي عندك صحَّ إذا كانا يعلمانه . [6]

وأمّا إذا جهلاه أو أحدهما فإنّ القراض فاسد؛[7]لأنّه قراض علـــى قســط مجــهول للعامل ،فهو كالبيع بثمن مجهول عندهما أو عند أحدهما. [8]

---

[1] في المختصر المطبوع (علما ذلك)ص١٣٤.

[2] مختصر المزني ص١٣٤

[3] لك :ساقطة من نسخة ب.

[4] انظر/الودائع لمنصوص الشرائع ص٤٦٠، الحاوي ٣٤٥/٧، بحر المذهـــب ٩/ل ١٣١، فتـح العزيـز ١١٦/٦،الروضة ١٢٣/٥،نهاية المحتاج ٢٢٧/٥.

[5] انظر/ الحاوي ٣٤٥/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٣١.

[6] قال الشّافعيّ في الأم : (ولا يجوز الصلح عندي إلا على أمر معروف، كما لا يجوز البيع إلا على أمـــر معروف ،وقد روى عن عمر رضي الله عنه ،(الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حـــرم حلالاً)،ومن الحرام الذي يقع في الصلح أن يقع عندي على المجهول الذي لـــو كـــان بيعـــاً كـــان حراماً)٢٥٤/٣.

[7] انظر/الودائع لمنصوص الشرائع ص٤٦٠، الحـــاوي ٣٤٥/٧، بحـــر المذهـــب ٩/ل ١٣١،التـــهذيب ص٧٣،الوسيط ١١٢/٤-١١٣، مغني المحتاج ٣١٣/٢.

[8] انظر/ الوسيط ١١٣/٤.

[٩٠] مسـألـة

قال رحمه الله : ((وَلَو [١] قَارَضَهُ بِألفٍ [٢]عَلَى أَنَّ ثُلُثَ رِبْحِهَا لِلْعَامِلِ و مَا بَقِـي مِنَ الرِّبْحِ ثُلُثُهُ [٣] لِرَبِّ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ لِلْعَامِلِ فَجَائِزٌ)) . [٤]

وهذا كما قال.

إذا قال:خذه قراضاً على أنّ ما رزق الله من ربح فلك ثلثه،والثلثان أيضاً ممـا بقـي صح؛ [٥]لأنّ هذا عبارة عن أنّه جعل له من الرِّبح سبعة أتساعه؛ [٦] /لأنّ [٧]أقل مال له ثلث،ولثلثه ثلثان صحيحان تسعة، فقد جعل له ثلث التسعة، وثلثي الستة الباقيـة ،وهو أربعة فيصير له سبعة من تسعة [٨]؛فلهذا صحَّ. [٩]

---

[١] في المختصر المطبوع (فإن)ص١٣٤.

[٢] في المختصر المطبوع (بألف درهم)ص١٣٤.

[٣] في المختصر المطبوع (فثلثه)ص١٣٤.

[٤] مختصر المزني ص ١٣٤.وتمامه (لأنّ الأجزاء معلومة).

[٥] انظر/ الحاوي ٧/ ٣٤٥،بحر المذهب ٩/ل ١٣٢،البيان ١٩٢/٧ ، فتح العزيز ١٦/٦،الروضة ١٢٣/٥.

-هذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو؟ فإن جهلاه أو أحدهما ،صح أيضاً علـى الأصح وبه قطع في الشامل لسهولة معرفته.

انظر/ فتح العزيز ١٦/٦،الروضة ١٢٣/٥.

[٦] انظر/ البيان ١٩٢/٧،الروضة ١٢٣/٥.

[٧] قوله (لأنّ أقل) بداية ٨/ل/٢١أ من ب.

[٨]فيكون أصل المسألة من تسعة للعامل ثلثه ،وهي ثلاثة من تسعة ،وباقي المبلغ ستة ،للعامل ثلثاه أربعة من ستة ،وللرب المال ثلثه وهو اثنان ..

[٩] قال الماوردي (غير أننا نستحب لهما أن يعدلا عن هذه العبارة الغامضة إلى ما يعرف على البديهة مـن أول وهلة). الحاوي ٣٤٥/٧.

[٩١] مسـألـة

قال : ((**وَلَو [1]قَارَضَهُ عَلَى دَنَانِيْر فَحَصَلَ فِي يَدَيْهِ دَرَاهِـم ،أَوْ عَلَـى دَرَاهِـمَ فَحَصَلَ فِي يَدَيْهِ دَنَانَيْر،فَلَهَ [2] بَيْعُ مَا حَصَلَ حَتَّى يَصِيرَ مِثْلَ مَال رَبِّ [3] الْمَـال فِي قَيَاسِهِ [4]**)).

وهذا كما قال.

إذا تصرَّف العامل ،وحصل في المال فضل، وطالب بالمقاسمة ،والحاصل في يده من غير جنس رأس المال، فإن اختار ربُّ المال أن يأخذ [5] منه بقيمة ماله كان لـه ذلك ،والباقي بينهما ،وإن قال لا آخذ إلا من جنس رأس المال،فعلى العامل أن يبيع من الموجود بقدر رأس المال ويردّه إليه، والباقي بينهما. [6]

هذا إذا كان ناضّاً.

فأمَّا إن كان /عرضاً فإن رضي [7] ربُّ المال أن يأخذ منه بقيمة رأس ماله كان لـه ،وإلاّ كان على العامل أن يبيع منه بقدر ذلك . [8]

فإن قال العامل :فيما فضل قد تركت حقّي منه لربِّ المال ،فهل يلزمه بيعه أم لا ؟ فيه وجهان، قد تقدَّم ذكرهما. [9]

---

[1] في المختصر المطبوع (وإن)ص١٣٤.

[2] في المختصر المطبوع (فعليه)ص١٣٤،وهو أولى ؛لأنَّ الضمير يعود للعامل ،وهو صريح قول الشارح ((فعلى العامل أن يبيع))

[3] في المختصر المطبوع (ما لرب)ص١٣٤،وما أثبتناه أولى ؛لأنَّ المراد المماثلة في جنس مال القراض، لا في نصيب ربِّ المال ..

[4] مختصر المزني وفيه ((في قياس قوله))ص١٣٤.

[5] في ب (يأخذه).

[6] انظر/ الحاوي ٣٢٨/٧،المهذب ٢٣٢/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣٤،الوجيز ٢٢٥/١،الروضة ١٤١/٥.

[7] في ب (أراد)

[8] انظر/ الحاوي ٣٢٨/٧،المهذب ٢٣٢/٢.

[9] ص٥٥٨-٥٥٩.

وقال بعض أصحابنا: هما مبنيَّان على القولين في ملك العامل حصَّته. [1]

فإن قلنا: يملكها بالظهور، لم يجب على ربِّ المال القبول؛ لأنّ العامل وهب له عين ماله.

وإن قلنا: لا يملك بالظهور، [2] فعلى ربِّ المال القبول؛ لأنّ العامل ما ملك، وإنّما ملك أن يملك، فإذا ترك حقّه لزمه القبول. [3]

---

[1] وقد تقدم ص٥٥٢.

[2] وهو الأظهر كما تقدم ص٥٥٢-٥٥٣.

[3] انظر/ المهذب ٢/٣٢٣، التهذيب ص١٢١.

[٩٢] مسـألـة

قال رحمه الله : ((فَإِنْ [١]دَفَعَ مَالاً قِرَاضاً فِي مَرَضِهِ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ،ثم مَاتَ بَعْـــدَ أَن اشْتَرَى أَوْ بَاعَ[٢] وَربحَ أَخَذَ الْعَامِلُ رِبْحَهُ وَاقْتَسَمَ الْغُرَمَاءُ مَا بَقِيَ)). [٣]

وهذا كما قال.

إذا دفع في مرضه مالاً قراضاً [صحَّ]؛[٤] [٥]لأنّه عقد يطلـــب بـــه الفضـــل فأشـــبه الشِّراء والبيع . [٦]

فإن تصرَّف العامل وربح كان له من الرِّبح ما شرط له، سواء كان بقدر أجرة مثلـــه، أو أكثر،وكان ذلك من صلب ماله ،ولا يعتبر مـــا زاد علـــى أجـــرة مثلـــه مـــن الثلث ؛ [٧]لأنّه إنّما يعتبر من الثلث ما يحابي به ربُّ المال من أصل/ ماله[٨]، وهـــذه المحابـــاة ليســـت مـــن أصـــل مالـــــه؛لأنّ الرِّبـــح إنّمـــا يملك بالتقليب . [٩]

فإن قيل: هلَّا قلتم إنّ ما زاد على أجرة مثله من الثلث؟ كما قلتم فيمن أكـــرى داراً وحابى بأنّ ما نقص عن أجرة المثل من الثلث. [١٠]

---

[١] في المختصر المطبوع (وإذا)ص١٢٤.

[٢] في المختصر المطبوع (وباع)ص١٣٤.

[٣] مختصر المزني ص ١٣٤،وتمامه (من ماله).

[٤] [صح]زيادة من نسخة ب.

[٥] انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧،المهذب ٢٣٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣٦.

[٦] انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣٦.

[٧] انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧،المهذب ٢٣٣/٢،البيان ٢٣٠/٧.

[٨] قوله (ماله)بداية ٨/ل/٢١ب من (ب)

[٩] وبنحوه في المهذب ٢٣٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣٣،البيان ٢٣١/٧.

[١٠] انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧،الوجيز ٢٧٣/١،الروضة ١٣٣/٦.

قلنا: الفرق بينهما أنّ المنافع ملكه؛ فلهذا كان نقص من أجرها من [1] الثلث ،وليس كذلك الرِّبح؛ فإنّه ما ملكه بعد؛ فلهذا كان له من صلب ماله. [2]

فإن قيل: فما قولكم فيه [3] إذا ساقاه على نخل وشرط له من الثمرة أكثر من أجرة مثله ؟.

قلنا: فيها وجهان:

أحدهما: الكلُّ من صلب ماله ، [4] كالقراض سواء.

والثّاني: -وهو المذهب- أنّ ما زاد على أجرة مثله من الثلث. [5]

فعلى هذا الفرق بينهما أنّ الثمرة تتولّد من عين ماله ، وما تولّد من عين ماله بمنزلة أصل المال ؛فلهذا كان من الثلث ، [6]وليس كذلك في مسألتنا ،فإنّ الرِّبح يستفاد بالتّصرُّف والتقليب؛ فلهذا كان من صلب ماله ،[7] الذي [8]يوضّح هذا أنّه لو غصب نخيلاً فأثمرت في يده كانت الثمرة لربِّها، ولو غصب مالاً واتّجر به كان الرِّبح للعامل، [9] والفرق بينهما ما ذكرناه.

---

[1] من : ساقطة من نسخة ب.

[2] انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣٦.

[3] في ب (فيما).

[4] انظر/ المرجعين السابقين .

[5] وهو الأصح .

انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣٢،فتح العزيز ١٩/٦،الروضة ١٢٥/٥.

[6] انظر/ فتح العزيز ١٩/٦،الروضة ١٢٥/٥.

[7] انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧،الروضة ١٢٥/٥.

[8] الذي :ساقطة من نسخة ب.

[9] كما تقدم في كتاب الغصب ص٢٦٣.

إذا ثبت أنّ حصَّة العامل في القراض تكون من صلب ماله ،فإذا مات ربُّ المال/ انفسخ القراض، [1] فإن كان على ربِّ المال دين يستغرق رأس ماله وما يخصُّه من الرِّبح ،فإنّ ذلك يُعْزَل لِيُقْسم بين الغرماء ،ويُقَدَّم للعامل حصَّته دون الغرماء . [2]

فإن قيل: هلَّا قلتم إنّه يضرب، بنصيبه مع الغرماء كالدَّين؟.

قلنا: الفرق بينهما أنّ العامل إن قلنا: إنّه يملك حصَّته بالظهور [3] فهو شريك ربِّ المال ،والشريك لا يضرب مع الغرماء.

وإن قلنا: لا يملك حصَّته إلا بالمقاسمة [4] فقد تعلّق حقُّه بعين المال،ومن تعلّق حقُّه بالعين كان مقدَّماً على من تعلّق حقُّه بالعين والذِّمَّة، كما قلنا في العبد المرهون إذا جنى ، أنَّ الجناية يتعلّق أرشها برقبته ، ويكون صاحب الجناية مقدَّما على المرتهن ؛ [5] لأنّ حقَّ المرتهن تعلّق بعين العبد وبذمَّة سيِّده ،وحقُّ صاحب الجناية تعلّق بعين / العبد [6] دون ذمَّة سيِّده.

إذا [7] ثبت هذا صحَّ ما قلناه ، والله أعلم بالصواب. [8]

---

[1] وكذلك إذا جُنَّ أحدهما انفسخ القراض؛لأن القراض عقد جائز .
انظر/ المهذب ٢٣٣/١،الوجيز ٢٥٥/١،الروضة ١٤١/٥.

[2] انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧-٣٤٩.المهذب ٢٣٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣٦،التنبيه ص١٢٠.

[3] وقد تقدم الخلاف فيما متى يملك العامل حصَّته من الربح ص٥٥٢.

[4] وهو الأظهر كما تقدم ص٥٥٢ .

[5] انظر/ الحاوي ٣٤٨/٧-٣٤٩،بحر المذهب ٩/ل ١٣٦.

[6] قوله (العبد)بداية ٨/ل/٢٢أ من (ب)

[7] في ب(وإذا).

[8] بالصواب :ساقطة من نسخة ب.

[٩٣] مسألة

قال المزني رحمه الله : ((**وَإِنْ اشْتَرَى شَيْئاً** [١] **فَقَالَ** [٢] **الْعَامِلُ: اشْتَرَيْتُهُ بِمَالِ نَفْسِي** [٣] ، **وَقَالَ :ربُّ الْمِالِ: بَلْ فِي الْقِرَاضِ بِمَالِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمَينه ؛ لأَنَّهُ فِي يَدِهِ وَالآخَر مُدَّعٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، فَإِنْ** [٤]**قَالَ الْعَامِلِ : اشْتَرَيْتُهُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ ، وَقَالَ**[٥] **ربُّ الْمَالِ : بَلْ لِنَفْسِكَ وَفِيهِ خُسْرَانٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ** [٦])).

وهذا كما قال.

إذا اشترى العامل سلعة وظهر فيها الرِّبح فاختلفا فقال ربُّ المال: اشتريته للقراض ، وقال العامل : اشتريته لنفسي فالقول قول العامل. [٧]

قال المزني: لا اختلاف فيما في يده، فكان القول قوله فيه [٨]مع يمينه. [٩]

وقال أبو إسحاق : [١٠]لأنّ العامل يتصرُّف لنفسه تارة ،وللقراض أخرى وإنّما يتبيَّن ذلك بالنيَّة والقصد ،فذلك اختلاف في نيَّته وقصده ،وهو أعلم بها من غيره. [١١]

---

[١] في المختصر المطبوع (عبداً)ص١٣٤.

[٢] في المختصر المطبوع (وقال)ص١٣٤.

[٣] في المختصر المطبوع (لنفسي بمالي)ص١٣٤،وفي ب (بمالي لنفسي)

[٤] في المختصر المطبوع (وإن)ص١٣٤.

[٥] في المختصر المطبوع (فقال)ص١٣٤.

[٦] مختصر المزني ص ١٣٤،وتمامه فيه (لأنه مصدق فيما في يديه).

[٧] انظر/ الحاوي ٢٤٩/٧،التنبيه ص١٢٠،الوسيط ١٣١/٤،حليه العلماء ٣٥٥/٥.

[٨] في ب (القول فيه قوله)

[٩] لعله يشير بهذا إلى قوله المتقدم في رأس المسألة .

[١٠] المروزي وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[١١] وبنحوه في المهذب ٢٣٤/٢،الوسيط ١٣١/٤.

فأمّا إذا كان في السلعة خسران فاختلفا ،فقال ربُّ المال: اشتريته لنفسك ، وقال العامل :بل للقراض، كان القول في ذلك قول العامل ؛ لأنّه في يده ؛ ولأنّه أعلم بنيّته وقصده.[1]

ومن أصحابنا من قال: يجيء فيه قول آخر ،أنّ القول قول ربّ المال في ذلك ،[2]بناءً على ما قاله الشّافعيّ رحمه الله من القولين في مسألة الوكيل،إذا وكّله في شراء، أو بيع ،فاختلف هو والموكّل ؛فقال الوكيل: اشتريته أو بعته ، وقال الموكّل: ما اشتريته بعد وما بعته؛[3]لأنّ العامل بمنزلة الوكيل ؛ لأنّه يتصرّف في مال غيره بإذنه.[4]

---

[1]وهو القول المشهور .

انظر/ الحاوي ٣٤٩/٧،بحر المذهب، ٩/ل ١٣٦،التهذيب ص١٢٦،الوجيز ٢٢٦/١،الروضة ١٤٦/٥،مغني المحتاج ٣٢١/٢.

[2]وهو محكي عن ابن سريج .

انظر/ فتح العزيز ٤٦/٦.

[3]انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣٦-١٣٧،فتح العزيز ٤٦/٦-٤٧.

[4]كما تقدم ص٥٥٦.

٦/ل٣٣

[٩٤] مسـألـة

قـال : ((وَلَـوْ قَـالَ الْعَـامِلُ : اشْـتَرَيْتُ هَـذَا الْعَبْـدَ بِجَمِيـعِ الأَلْـفِ لِلقِراضِ،[1] ثم /اشْتَرَيْتُ هَذَا[2] الْعَبْدَ الثَّانِي بِتِلْكَ الألْفِ قَبْلَ أَنْ أَنْقُدَ ، كَـانَ الأَوَّلُ فِي الْقِرَاضِ، وَالثَّانِي لِلْعَامِلِ ،وَعَلَيْهِ الثمنُ [3])).

وهذا كما قال.

إذا قارضه بألف، ثم إنَّه اشترى عبداً بجميع الألف ،ثم اشترى عبداً آخر بألف للقراض نظر:

فـإن كـان اشـترى الثَّـاني بعـين الألـف الـذي [4] للقـراض كـان البيـع بـاطلاً؛ [5] لأنَّـه إن كـان اشـترى / الأوَّل [6] بعـين المـال الـذي للقـراض فـالملك ملكٌ للبائع [7] ولا يصحُّ الشِّراء بملك الغير. [8]

وإن كان اشتراه [9] في الذِّمَّة [10] فقد استحقَّ البائع ذلك الألـف بعينـه ؛ لأنَّ ربَّ المـال مـا أذن لـه إلا في ذلـك الألـف ،فليـس لـه أن يطالبـه بـألف آخـر، وإذا صـار مسـتحَقّاً وتعلَّـق بـه

---

[1] في المختصر المطبوع (القراض)ص١٣٤.

[2] [هذا] ليست في المطبوع ص١٣٤.

[3] مختصر المزني ص ١٣٤.

[4] في ب(التي)

[5] انظر/ الحاوي ٣٥١/٧،المهذب ٢٣٠/٢،التهذيب ص١١٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣٧،البيان ٢٠٨/٧.

[6] قوله (الأول)بداية ٨/ل/٢٢ب من(ب)

[7] في ب(فذلك ملك البائع).

[8] انظر/ المهذب ٢٣٠/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣٧،البيان ٢٠٨/٧.

[9] أي العبد الأوَّل.

[10] بطل العقد أيضاً.

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣٧،التهذيب ص١١٢-١١٣، البيان ٢٠٨/٧،الروضة ١٢٨/٥.

حقُّ الغير لم يصحَّ الشِّراء به،[1] كالمال المرهون لا يجوز بيعه، ولا الشِّراء به؛[2] لأنّــه تعلَّق به حقُّ الغير.

وإن كان قد اشترى الثَّاني في الذِّمَّة لزمه البيع في حقّه ،[3]فإن وزن فيه عـــين مالـــه فذاك، وإن نقد فيه الألف الذي للقراض كان متعدِّياً بذلك.[4]

فإذا ربح في ذلك العبد فلمن يكون الرِّبح ؟.

على قولين:

أحدهما: له.

والثَّاني: لربِّ المال ،كما قلنا في ربح الغاصب في المال المغصوب.[5]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣٧،التهذيب ص١١٢-١١٣.

[2] انظر/ التنبيه ص١٠٠،الوجيز ١/١٦٤.

[3] أي في حق العامل ؛وذلك لأنّه شترى لغيره ما لم يأذن فيه فلزمه.

انظر/ البيان ٧/٢٠٨،الروضة ٥/١٢٨.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٣٥١،المهذب ٢/٢٣٠،التهذيب ص١١٣،الروضة ٥/١٢٨.

[5] وقد تقدما القولان ،وبيان أنَّ الأظهر منهما أنَّ الربح للغاصب في كتاب الغصب ص٢٦٣.

[٩٥] مسـألـة

قال رحمه الله : ((وَإنْ نَهى رَبُّ الْمَالِ الْعَامِلَ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ [١] وفِي يَدِهِ[٢] عَرَضٌ [اشْتِرَاهُ] [٣]فَلَهُ بَيْعُهُ ، وَإنْ كَانَ فِي يَدِهِ عَيْنٌ فاشْتَرَى فَهُوَ مُتَعَدٍّ ،والثمنُ فِي ذِمَّتِهِ ،والرِّبْحُ وَالْوَضِيعَةُ عَلَيْهِ [٤])).

وهذا كما قال.

إذا فسخ ربُّ المال القراض كان له ذلك ، وانفسخ القراض، [٥] وينظر :

فإن كان في يده عرض جاز له بيعه ،ولم يجز له أن يشتري بثمنه شيئاً ،ويتقاسما الرِّبح بعد أخذ ربِّ المال رأس ماله .

وكذلك إذا كان في يده ناضٌّ لم يجز له أن يشتري به ،وأخذ رأس ماله ،وتقاسما الرِّبح . [٦]

فإن كان المال عرضاً وطالب ربُّ المال ببيعه فسلّمه إليه ، وأسقط حقّه، فهل يلزم ربَّ المال أن يقبل ذلك ولا يطالبه بالبيع [٧] ؟

على وجهين ذكرناهما. [٨]

---

[١] في ب ،والمختصر المطبوع (أن يشتري ويبيع)ص١٣٤.

[٢] في المختصر المطبوع (يديه)ص١٣٤، في الموضعين .

[٣] [اشتراه]زيادة من المطبوع .

[٤] مختصر المزني ص ١٣٤ ،وتمامه فيه (وإن كان اشترى بالمال بعينه فالشراء باطل في قياس قوله ،ويترادّان حتى ترجع السلعة إلى الأول، فإن هلكت فلصاحبها قيمتها على الأول ،ويرجع بها الأول على الثاني ويترادّان الثمن المدفوع.)

[٥] كما تقدم ص٥٥٦-٥٥٧.

[٦] انظر/ الحاوي ٣٥٢/٧،التهذيب ص١١٩.

[٧] بالبيع :ساقطة من نسخة ب.

[٨] ص٥٥٨-٥٥٩.

إذا ثبت أنَّه لا يشتري شيئاً ،فإن خالف فاشترى شيئاً للقراض لم يصحَّ ذلك ،فـــإن كان اشتراه [١] بعين المال [٢] كان باطلاً ،وإن كان اشتراه في الذِّمَّة لزمه ذلـك في حقِّ نفسه ،فإن نقد فيه من مال القراض كان متعدِّياً بذلك . [٣]

والكلام في الرِّبح على ما ذكرناه. [٤] [٥]

---

[١] في ب زيادة (في الذمة).

[٢] في ب (ماله).

[٣] انظر/ الحاوي ٣٥٢/٧،التهذيب ص١١٩ .

[٤] وهو الربح كله لرب المال.

[٥] في ب (ما ذكرنا).

[٩٦] مسـألـة

قال رحمه الله: ((وَلَوْ قَالَ الْعَامِلَ رَبِحْتُ أَلْفَاً ،ثم قَالَ [غَلِطْتُ أَوْ] [١] خِفْـتُ نَزْعَ الْمَالِ مِنْ يَديّ [٢] فَكَذَبْتُ لَزِمَـهُ إِقْـرَارُهُ،/ وَلَـمْ [٣]يَنْفَعْـهُ رُجُوعُـهُ عَلَى [٤] قِيَاسِ قَوْلِهِ [٥])).

وهذا كما قال.

إذا قال العامل لربِّ المال: ربحت ألفاً /فلمَّا فسخ القراض وطالبه، قال: لم أكن ربحت ألفاً ،وإنَّما قلت لك ذلك ؛لئلا تفسخ القراض ،لم يقبل منه قولـه؛ [٦]لأنَّـه أقـرَّ [له] [٧] بحقٍّ لازم، ثم رجع عنه، فلم يقبل منه، [٨]كما إذا قال لفلان علـيَّ ألـف درهم، ثم قال: غلطت لم يقبل منه . [٩]

٣٤/ل/٦

وإن قال: كنت ربحت ،ولكن خسرت ،كان القول في ذلك قولـه ؛ [١٠] لأنَّـه لا يكذِّب إقراره، وإنَّما يثبِّته ويدَّعي ذهابه وهو أمين. [١١]

---

[١] [غلطت أو]زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٤.

[٢] في المختصر المطبوع (مني)ص١٣٤.

[٣] قوله (و لم) بداية ٨/ل/٢٣أ من (ب)

[٤] في المختصر المطبوع (في)ص١٣٤.

[٥] مختصر المزني ص ١٣٤.

[٦] انظر/ الحاوي ٣٥٣/٧،المهذب ٢٣٤/٢،الوسيط ١٣١/٤،فتح العزيز ٤٦/٦.

[٧][له] زيادة من ب.

[٨] انظر/ المهذب ٢٣٤/٢،فتح العزيز ٤٦/٦.

[٩] انظر/ المهذب ٢٣٤/٢،فتح المنان ص٢٨٧.

[١٠] انظر/ المهذب ٢٣٤/٢،التهذيب ١٢٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣٧.

-قال المتولي في التتمة(وذلك عند الاحتمال بأن عرض للسوق كساد، فإن لم يحتمل لم يقبل)انظر/ فتح العزيز ٤٦/٦،الروضة ١٤٥/٥.

[١١] انظر/ المهذب ٢٣٤/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٣٨.

وهذا كما لو ادّعى عليه أنّه أودعه فقال: ما أودعتني، فأقام عليه البيَّنة بذلك فقال: أودعتني ولكن كانت الوديعة [1] تلفت ، لم يقبل منه ذلك ؛ [2] لأنَّه يكذّب نفسه بذلك .

وإن قال لمّا ادّعى عليه الوديعة: ما لك قِبَلِي شيء ، ثم قامت البيِّنة عليه بذلك ، ثم قال: كنت أودعتني غير أنّها تلفت، كان القول قوله مع يمينه؛[3] لأنّه لا يكذّب ما تقدَّم من قوله ؛ لأنّ من كانت عنده وديعة، وتلفت بغير تفريط منه فلا شيء عليه لصاحبها، فقد [4]صدق في قوله وإنكاره .[5]

---

[1] في ب (ولكن كان يدعى أن الوديعة).

[2] انظر/ المهذب ١٨٧/٢،الروضة ٣٤٣/٦.

[3] انظر/ المرجعين السابقين .

[4] قوله (فقد صدق في قوله وإنكاره) ساقط من ب.

[5] انظر/ المهذب ١٨٧/٢.

[٩٧] مســألــة

قال رحمه الله : ((**وَإِنْ [١] اشْتَرَى الْعَامِلُ ،أَوْ بَاعَ بِمَا لا يَتَغَابَنُ النَّـــاسُ بِمِثْلِـهِ فَبَاطِلٌ ، وَهُوَ لِلْمَالِ ضَامِنٌ [٢]**)).

وهذا كما قال.

إذا تصرَّف العامل وغُبِنَ [٣] بما لا يتغابن[الناس] [٤] بمثله فبـــاع مـــا يســـاوي عشرين بخمسة عشر ، لم يصح ذلك التَّصرُّف منه؛[٥]لأنّ قدر الغبن محاباة، وهـــو لا يملك المحاباة في القراض ، ولأنّ القراض إنَّما يقصد به الرِّبح وذلك خلافه، فلم يتناوله الإذن ، وإذا [٦] لم يتناوله الإذن لم يصحَّ. [٧]

إذا ثبت هذا، فإنّه لا يجوز [٨] أن يسلِّم السلعة ،فإن كان سلَّمها وهي باقية بعينـها استرجعت ، وإن تلفت في يده كان له أن يغرِّم من شاء منهما [٩] ؛ لأنّه سلَّم بغـير حقٍّ ، وذلك تسلَّم بغير حق ، وإن غرَّم المشتري غرَّمه جميع القيمة، [١٠] وإن غـــرَّم البائع فبكم يغرِّمه ؟.

فيه قولان:

أحدهما: يغرِّمه جميع القيمة.

---

[١] في ب، والمختصر المطبوع (واو)ص١٣٤.

[٢] مختصر المزني ص ١٣٤

[٣] غبنه في البيع والشراء غبناً من باب ضَرَبَ مثل غلبه فأغتبن ،وغبنه أي نقصه ،وغُبِن بالبناء للمفعـــول ،فهو مغبون ،أي منقوص الثمن .المصباح المنير ص١٦٨.

[٤] [الناس] زيادة من ب .

[٥] انظر/ الحاوي ٣٥٣/٧،التنبيه ص١١٩،التهذيب ص٩٥،الوسيط ١١٦/٤،بحر المذهب ٩/ل ٢٢.

[٦] في ب(فإذا)

[٧] وبنحوه في الحاوي ٣٥٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣٧.

[٨] في ب (فلا يجوز).

[٩] منهما :ساقطة من نسخة ب

[١٠] انظر/ الحاوي ٣٥٤/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٢٢.

والثاني: القدر الذي غبن فيه بما لا يتغابن الناس بمثله،مثل: أن يكون يساوي عشرة فباع بخمسة ،والدرهم / يتغابن [1]الناس [2] بمثله غرَّمه أربعة؛[3] لأنها القدر الذي لا يتغابن الناس بمثله.

والصحيح هو الأوَّل ؛ لأنّ تعدِّيه في الجميع ،ألا ترى أنّ البيع ما صحَّ [4] في شيء منه ؟ ولا يجوز أن يسلِّم في شيء منه والله أعلم.

---

[1] قوله (يتغابن)بداية ٨/ل/٢٣ب من (ب)

[2] الناس :ساقطة من نسخة ب.

[3] المرجعين السابقين .

وقد تقدمت هذه المسالة ص٦٠٦.

[4] في ب (ما يصح)

[٩٨] مسألة

قال رحمه الله : ((**وَلَو اشْتَرَى فِي الْقِرَاضِ خَمْرَاً أَوْ خِنْزِيراً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ ، وَدَفَعَ** [١] **الثمنَ فَالشِّرَاءُ بَاطِلٌ وَهُوَ لِلْمَالِ ضَامِنٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ** [٢])).

وهذا كما قال.

إذا اشترى العامل للقراض خمراً ،أو خنزيراً ،فإن كان مسلماً [٣] لم يصحَّ ذلك ؛لأنّه بذل مالاً في مقابلة ما ليس بمال ،فهو كما لو /اشترى به ميتة ،وهذا لا خلاف فيه. [٤]

فإن كان ذِمِّيَّاً فكذلك لا يصحُّ ؛ لأنَّه لا يجوز عندنا بيعها في حقِّ أحد. [٥]

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يصحُّ شراؤه، وإذا باعها بعد ذلك صحَّ بيعها.

وقال أبو يوسف [٦] **ومحمد** [٧] **رحمهما الله** : يصحُّ شراؤها ،ولا يصحُّ بيعها،[٨] وإنَّما يصحُّ شراؤها ؛ لأنّ عندهم أنَّ الوكيل يملك المبيع، ثم ينتقل عنه إلى

---

[١] في المطبوع (دفع)ص١٣٤.

[٢] مختصر المزني ص ١٣٤.

[٣] أي العامل.

[٤] انظر/ البيان ٢٠١/٧ ،بدائع الصنائع ١٣٧/٥ ،المغني ١٥٨/٥ ،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٦٧/٢.

[٥] انظر/ الحاوي ٣٥٤/٧ ،التهذيب ص٩٦ ،البيان ٢٠١/٧ ،حلية العلماء ٣٥٢/٥ ،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٦٧/٢.

[٦] تقدمت ترجمته ص١٦٠.

[٧] تقدمت ترجمته ص١٧٩.

[٨] ومذهب الحنفية أنّه إذا دفع المسلم إلى النصراني مالًا مضاربة بالنِّصف فهو جائز إلا أنه مكروه فإن اتجر في الخمر والخنزير فربح جاز على المضاربة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وينبغي للمسلم أن يتصدق بحصته من الربح.

وعندهما تصرفه في الخمر والخنزير لا يجوز على المضاربة. حاشية ابن عابدين ٣٢٧/٨.

و انظر/ المبسوط ٦٠/٢٢-٦١

الموكل، [(1)] فإذا اشترى الخمر ملكها؛ لأنّه ذِمِّيٌّ ثم ينتقل إلى ملك الموكّل المسلم[(2)] بغير اختياره، فيكون كما لو ورثها .

فأمّا إذا باعها فهو يبيع خمراً على مسلم فهي ملك للمسلم، ولا يجوز بيع خمر هي ملك للمسلم، [(3)] فاستدركا على أبي حنيفة هذا على أصله.

وكلاهما عندنا باطلان ؛ لأنّ ما لم يكن مضموناً على حقّ المسلم ،ولم يصح أن يشتريه المسلم ويبيعه، فكذلك الذِّمِّيُّ كالميتة والدَّم. [(4)]

إذا ثبت هذا ،فإنّه لا يجوز أن [يزن] [(5)] من المال شيئاً فإن فعل ضمنه، [(6)] والله أعلم.

---

(1) وقد تقدم ص٤٠٢.

(2) وهو رب المال .

(3) انظر/ المبسوط ١٢/٢١٦-٢١٧.

(4) عند الحنفية إن اشترى ميتة فنقد فيه مال المضاربة فهو مخالف ضامن عندهم جميعاً. حاشية ابن عابدين ٨/٣٢٧.

انظر/ الحاوي ٧/٣٥٤،البيان ٧/٢٠٢

(5) في أ(يرث) ،والصواب (يزن) بالزاي كما في (ب) والمعنى لا يجوز أن ينقد من المال شيئاً ثمناً للمبيع المحرم .

(6) إذا خالف العامل واشترى خمراً ،أو خنزيراً أو أم ولد ونقد ثمنه فهل يضمنه ؟.

فيه أوجه:

أحدها :لا يضمنه في العلم والجهل؛لأنّ رب المال فوض الاجتهاد إليه ،وعند الذمي أن التجارة في الخمر ونقد الثمن فيه جائز ،فلا يكون متعدياً ،وهذا الوجه شاذ ضعيف وهو في الذمي دون المسلم.

والثّاني :وهو الصحيح وبه قطع الجمهور ،أنّه يكون ضامناً عالماً كان أو جاهلاً.

والثالث:يضمن في العلم دون الجهل.

والرابع :يضمن في الخمر مطلقاً ،ولا يضمن في أم الولد مع الجهل ،وبه قال القفال .

انظر/ البيان ٧/٢٠٢،فتح العزيز ٦/٤٨،الروضة ٥/١٤٧.

فـــــرع

حصَّة العامل من الرِّبح إلى تقديرهما،[1]فإن قدَّرا منه شيئاً صحَّ ذلك قلَّ أو كـــثر ؛ لأنّ حصَّة العامل من الرِّبح لا تثبت إلا بالشَّرط والتقدير ،فكان على حســـب مـــا يشترطانه، [كما] [2] قلنا في الثمن والأجرة والصداق.

فإن قيل: فقد قلتم في الشريكين إنّهما إذا شرطا التفاضل في الرِّبح مع التســـاوي في المال لم يثبت ذلك، [3] فما الفرق بينهما ؟.

فالجواب: أنَّ الرِّبح في عقد الشركة يُستَحقُّ بإطلاقها ؛ لأنّه بيع للمالين؛ ألا تـــرى أنّهما إذا أطلقا العقد ولم يشترطا في الرِّبح شيئاً كان الرِّبـــح بينـــهما علـــى قـــدر المالين ؟ [4]وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنّ حصَّة العامل لا تثبت إلا بالشَّرط، فكـــان على حسب /الشَّرط. [5] [6]

---

[1] أي ترجع إلى تقديرهما .

[2] [كما] ساقطة من أ.

[3] انظر/ المهذب ١٥٨/٢،الوجيز ١٨٧/١.

[4] انظر/ الروضة ٢٨٤/٤،مغني المحتاج ٢١٥/٢.

[5] قوله(الشرط) بداية٨/ل ٢٤أ من (ب) .

[6] كما تقدم ص٥٨٤.

فـــرع

إذا قارضه على أن يكون النِّصف للعامل، والسُّدس لربِّ المال صحَّ ذلك؛[1]لأنّه لـو أطلق جميع النِّصف كان له، [2] فإذا شرط بعضه لنفسه ،وأطلـق البعـض أولى أن يجوز .

فـــرع

قد حكينا فيما مضى أنّه إذا قارضه على أن يكون الرِّبح بينهما .

فإنّ أبا العباس رحمه الله[3]**قال:** يصحُّ ذلك،[4] ويكون الظاهر منه أنّه بينهما، [5]كما لا خلاف بين أصحابنا أنّه إذا قال: هذه الدار بيني وبين فلان كانت بينهما نصفين، وإذا قال: بعتكما هذه الدار كانت بينهما نصفين.

ومن أصحابنا من قال: لا يصحُّ ذلك ويكون القراض فاسداً ؛ لأنّه يحتمل أن يكون بينهما نصفين، وثلثاً وثلثين، وأقلَّ وأكثر فلمَّا لم يبيِّن واحداً من [6] ذلك كان العوض مجهولاً ، وهذا كما لا خلاف على المذهب أنّه لو قال: بعتك هـذا بـألف مثقال ذهب وفضة كان البيع باطلاً ،ولا يحمل ذلك على النِّصف ، [7] فكذلك هاهنا.

---

[1] أي :ويكون لربِّ المال النِّصف الآخر لا السدس فقط.
وانظر/ التهذيب ص٧٧،البيان ١٩١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣٣.

[2] كما تقدم ص٥٨٩.

[3] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[4] وقد تقدم الكلام في هذه المسألة مفصلاً ص٥٨٥.

[5] أي بينهما نصفين .

[6] واحداً من: ساقط من ب.

[7] انظر/ المهذب ١٩/٢،المنهاج ومغني المحتاج ١٦/٢.

فـــرع

إذا قارض رجل رجلين بألف، صحَّ ذلك، [1] ويكون في حكم العقدين، فكأنّه قارض كل واحد منهما على الانفراد بخمسمائة. [2]

فإن قيل: /فالمضاربان قد اشتركا في العمل، وهذا تجويز شركة الأبدان. [3]

فالجواب: أنّه ليس كذلك ؛ لأنّ كلٌ واحد منهما عاملٌ لربِّ المال ، وليس في ذلك أكثر من أنَّ المال مشاع ، وذلك لا يوجب شركة الأبدان، كما لو كان العامل يتصرَّف في مال القراض ومالٍ له ، فإنّه يصحُّ و لا يكون شركة ؛ لأنّه يتصرَّف في مال نفسه لحقِّ الملك ،وفي مال ربِّ المال بحقِّ القراض، كذلك في هذه المسألة كلُّ واحد منهما يتصرَّف في نصف المال بحقِّ القراض. [4]

إذا ثبت هذا فإن شرط لهم النِّصف، أو الثلث، أو الثلثين جاز،[5] ويكون المشروط بينهما [1]نصفين ، ويكون الباقي له؛[2] لأنّهما بمنزلة العقد، فهو

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٥٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣٩،فتح العزيز ١٩/٦،الروضة ١٢٥/٥.

[2] انظر/ البيان ١٩٢/٧.

[3] شركة الأبدان :هي أن يشتركا على ما يكتسبان بأبدانها ،كشركة الحمالين ،وسائر المحترفة .
- وهي شركة باطلة عند الشّافعيّة .
انظر/ المهذب ١٥٨/٢،المنهاج ومغني المحتاج ٢١٢/٢.

[4] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٢٩.

[5] لو شرط لأحدهما ثلث الربح ،وللآخر ربعه ،فإن أبهم لم يجز ،وإن عين صاحب الثلث ،وصاحب الربع جاز.
انظر/ فتح العزيز ١٩/٦،الروضة ١٢٥/٥.

كما لو قارض كلّ واحد منهما على الانفراد ،وشرط ذلك له، فإنّه يجوز. [3]

وإن قارض اثنان عاملاً واحداً جاز ذلك،[4] ويكون في حكم العقدين . [5]

فإن شرطا الثلث من كلّ واحد، أو أقلّ، أو أكثر ،جاز .

وإن شرطا له ذلك [6] على الاختلاف ،فشرط له [7] أحدهما نصف الرِّبح ،وشرط له [8] الآخر الثلث ،كان [9] جائزاً [10] ،فيكون للذي شرط الثلث الثلثان ، وللذي شرط النِّصف النِّصف وهو الباقي من /ربح[11] ماليهما [12].

وإن [13] شرط أحدهما الثلث والآخر النِّصف على أن يكون الباقي من الرِّبحين بينهما بالسويَّة لم يصحَّ ذلك؛[14] لأنّ الذي شرط النِّصف من الرِّبح يستحقُّ الباقي ،وهو النِّصف ،والآخر يستحقُّ الثلثين من الرِّبح، فإذا شرطا مقاسمة نصف أحدهما ،وثلثي الآخر بينهما بالسَّويَّة أخذ الذي شرط النِّصف أكثر من النِّصف، وتلك

=

(1) قوله (بينهما نصفين –إلى قوله –كل واحد) ساقط من نسخة ب.

(2) انظر/ الحاوي ٣٥٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٣٩.

(3) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٣٩،فتح العزيز٦/ ١٩.

(4) انظر/ الحاوي ٣٥٥/٧،التهذيب ص٧٩،بحر المذهب ٩/ل ١٣٩،فتح العزيز ١٩/٦،المنهاج ومغني المحتاج٣١٥/٢.

(5) انظر/ نهاية المحتاج ٢٣٠/٥.

(6) في ب (ذلك له)

(7) له :ساقطة من نسخة ب.

(8) له :ساقطة من نسخة ب.

(9) كان : ساقطة من نسخة ب.

(10) في ب (جاز).

(11) (ربح ماليهما)بداية ٨/ل/٢٤ب من ب.

(12) انظر/ الحاوي ٣٥٥/٧،التهذيب ص٧٩،الروضة ١٢٥/٥.

(13) في ب(فإن).

(14) انظر المراجع السابقة و بحر المذهب ٩/ل ١٣٩،فتح العزيز ١٩/٦.

الزيادة [1] على النِّصف هي من مال صاحبه ،ولا يستحقُّه بمال ولا عمل، فكـــان باطلاً. [2]

فـــرع

إذا كان في يده مال مغصوب، فقارض في ذلك المــــال: [3] فــالمذهب أن القــراض يصحُّ. [4]

ومن أصحابنا من قال: لا يصحُّ؛ [5] لأنّ القراض يقتضي أن يكون المال أمانة في يــد المضارب ، وهذا المال مضمون عليه بالتعدِّي فلا يصحُّ القراض [6] ؛ ألا ترى أنّه إذا تعدَّى في المال بطل القراض؟ وهو إذا قارض به غيره على أن يكون الرِّبح بينـــهما نصفين. [7]

والصحيح :ما ذكرناه ؛ لأنّه لا يمتنع أن يكون مقتضى القراض أمانة ،ومع ذلك فإنّــه يجوز عقده، وإن كان المال مضموناً بالتعدِّي ؛ألا ترى أنّه إذا رهنه المال المغصـــوب

---

[1] في ب (زيادة)

[2] انظر/ فتح العزيز ١٩/٦، مغني المحتاج ٣١٥/٢. نهاية المحتاج ٢٣١/٥.

[3] وصورتها أن يغصب رجل مالاً ،ثم يقارضه صاحب المال المغصوب الذي في يد الغاصب.

[4] وهو الأصح.وعليه فلا يبرأ من ضمان المغصوب كما في الرهن قال النووي(معناه: لا يبرأ بمجرد القــراض أما إذا تصرف العامل فباع واشترى فيبرأ من ضمان الغصب؛ لأنّه سلمه بإذن المالك وزالت عنه يـــده وما يقبضه من الأعواض يكون أمانة في يده؛ لأنّه لم يوجد منه فيها مُضمّنٍ والله أعلم) الروضة ١١٨/٥ وانظر/ المهذب ٢٢٧/٢،الوجيز ٢٢١/١،التهذيب ص٧٠-٧١،البيان ١٨٩/٧، حلية العلماء ٣٢٨/٥،فتح العزيز ٩/٦،،مغني المحتاج ٣١٠/٢.

[5] المراجع السابقة .

[6] انظر/ المهذب ٢٢٧/٢،بحر المذهب ٩/ل ١١٥،البيان ١٨٩/٧.

[7] وذلك إذا كان بغير إذن رب المال كما تقدم ص٥٦٦.

صحَّ الرَّهن؟ فيكون المال مضموناً عليه والعقد قد صحَّ ، وكذلك إذا رهنه مالاً غير مغصوب فتعدَّى فيه المرتهن كان مضموناً عليه والعقد بخلافه. [1]

وكذلك المضارب إذا تعدَّى في مال القراض ،فلبس ثوباً منه فاستعمله /كان ضامناً له، والقراض باقٍ فيه.

٦/ل٣٥ر

إذا ثبت أنّ القراض قد صحَّ ، والمال مضمون عليه[2]، فإن اشترى شيئاً للقراض فوزن فيه المال برئت ذمَّته بذلك وزال عنه الضَّمان [3]؛ لأنّه سلّمه إلى البائع بإذن صاحبه، [4]فهو كما لو قال المغصوب منه للغاصب سلّم المال المغصوب إلى فلان فسلّمه إليه زال الضَّمان عنه . [5]

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٣٠٩،بحر المذهب ٩/ل ١١٥.

[2] انظر/ الحاوي ٧/٣٠٩،بحر المذهب ٩/ل ١١٥،البيان ٧/١٨٩،حلية العلماء ٥/٣٢٨-٣٢٩،فتح العزيز ٦/٩،الروضة ٥/١١٨.

[3] انظر/ الروضة ٥/١١٨،مغني المحتاج ٢/٣١٠.

[4] انظر/ البيان ٧/١٨٩،الروضة ٥/١١٨.

[5] لأنّه سلمه بإذن مالكه وهو المغصوب منه.

فـــــرع

إذا كانت في يده لرجل وديعة فقارضه فيها صحَّ ذلك؛[1]لأنّه لو قارضه والمال في يــد ربِّ المال ويحتاج أن يسلّمه إلى العامل صحَّ ذلك ،فإذا كان في يد العامل فـــأولى أن يصحَّ.[2]

فـــــرع

إذا كان في ذِمَّته [3] مال فقال له:[4] / أعزل [5] المال الذي [لي] [6]عليك مـــن مالك، فإذا عزلته فقد قارضتك عليه، فأفرد من ماله قدر الدَّين لم يصحَّ ذلـــك، [7] ولم يصر المال لصاحب الدَّين؛[8]لأنّه لا يجوز [له] [9]أن يكون وكيلاً في قبض الدَّيــن من نفسه. [10]

فإذا عزل ذلك المال ،ثم اشترى شيئاً للقراض نظر: -

---

[1] إذا كانا يعلمان قدر الوديعة وصفتها .

انظر/ الحاوي ٣٠٨/٧، المهذب ٢٢٧/٢،الوسيط ١٠٧/٤،فتح العزيز ٨/٦،الروضة ١١٨/٥،مغني المحتــاج ٣١٠/٢

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٥،البيان ١٨٩/٧.

[3] أي في ذمَّة العامل .

[4] صاحب الدَّين .

[5] قوله (أعزل) بداية ٨/ل/ ٢٥أ من (ب).

[6] [لي] ساقطة من أ.

[7] انظر/ التهذيب ص٦٨-٦٩،بحر المذهب ٩/ل ١١٦/٩،الوجيز ٢٢١/١، حلية العلماء ٣٤١/٥،فتـــح العزيز ٨/٦،الروضة ١١٨/٥.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٦، البيان ٢٣١/٧،فتح العزيز ٨/٦.

[9] [له] ساقطة من أ.

[10] انظر/ المهذب ٢٣٣/٢،البيان ٢٣١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١١٦.

فإن كان اشتراه بذلك المال بعينه كان الشِّراء له ،وملك تلك السلعة ،و لم يكن ذلك قراضاً صحيحاً ولا فاسداً؛ [1]لأنه اشترى سلعة بماله فكانت له دون غيره، والدَّين الذي كان عليه باقٍ في ذمَّته . [2]

وإن اشتراه للقراض في الذِّمَّة، ثم وزن فيه ذلك المال :

فمن أصحابنا من قال: إنَّ الحكم فيه كما لو اشترى بعين المال المعزول، فلا يكون قراضاً صحيحاً ولا فاسداً ،ويكون ذلك تجارة لنفسه؛[3]لأنه إذا نوى أن يشتريه للقراض ،فإنَّما يشتريه على أن ينقد فيه ذلك المال الذي عزله ؛ لأنّ المقارض ما أذن له في غيره ،وذلك المال الذي يريد أن ينقده في الثمن هو ماله، [4]فهو كما لو عيَّنه بالعقد . [5]

ومن أصحابنا من قال: يكون ذلك قراضاً فاسداً ؛[6]لأنّه علَّقه بصفة ،وهو قوله: إذا عزلت قدر مالي عليك ،فقد قارضتك عليه، والقراض لا يصحُّ تعليقه بالصِّفة. [7]

فإذا اشترى مالاً للقراض في الذِّمَّة فقد اشترى بنيَّة القراض بإذن المقارض، [8] فملكه المقارض ولزمه الثمن،[9] فإذا وزن ذلك المال الذي عزله من ماله ،وسلَّمه إلى

---

[1] انظر/ التهذيب ص٦٩-٧٠،بحر المذهب ٩/ل ١١٦،فتح العزيز ٩/٦.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٦،البيان ٧/٢٣١.

[3] وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد والماوردي،والرُّوياني .

انظر/ الحاوي ٧/٣٠٩،بحر المذهب ٩/ل ١١٦،البيان ٧/٢٣٢،حلية العلماء ٥/٣٥٠،فتح العزيز ٩/٦،الروضة ٥/١١٨.

[4] وبنحوه في البيان ٧/٢٣٢،فتح العزيز ٩/٦.

[5] وإذا اشترى بعينه وقع للعامل كما تقدم في بداية الفرع .

[6] وهو الأصح عند البغوي .

انظر/ التهذيب ص٧٠،البيان ٧/٢٣٢،فتح العزيز ٩/٦،الروضة ٥/١١٨،مغني المحتاج ٢/٣١٠.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٦.

[8] وهو صاحب الدين .

[9] انظر/ الحاوي ٧/٣٠٩،البيان ٧/٢٣٢.

البائع صحَّ ذلك وكان قضاء عن المقارض بإذنه، فهو كما لو قال له: [1] : سـلِّم المال الذي لي عليك إلى فلان ، فإنّ له عليَّ مثله. [2]

فإذا ثبت أنّ ذلك قراضاً فاسداً كان الرِّبح كلُّه للمقارض ،وللعامل أجرة المثل، وقد برئ من الدَّين بذلك التسليم [3] ، على ما بيَّنّاه.

---

[1] له :ساقطة من نسخة ب.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١١٦،البيان ٢٣٢/٧.

[3] انظر/ الحاوي ٣٠٩/٧،التهذيب، ص٧٠،فتح العزيز ٩/٦،الروضة ١١٨/٥.

٦/ل/٣٦

فـــــرع

إذا اختلف المقارض والعامل في قدر الرِّبح فقال:[١]شرطت لك ثلثـــــه ، وقـــال [٢] **العامل**: بل نصفه ، تحالفا ؛ [٣] لأنّهما متعاقدان اختلفا في قـــــدر العـــوض ،فـــهما كالمتبايعين/ والزوجين إذا اختلفا في قدر الثمن والمهر. [٤]

وإن اختلفا في قدر رأس المال فقال ربُّ المال: كان ألفين ،وقال العامل:/ كـــان[٥] ألفـــاً ،والألفان ربح، فهو بيننا نصفين [٦] ،كان القول قول العامل مع يمينه؛ [٧] **لمعنيين**:

أحدهما: أنَّ المال في يد العامل، فالقول قوله فيما في يده ، وعلى المدَّعِي البيِّنة. [٨]

---

[١] أي المقارض .

[٢] في ب (فقال)

[٣] وإذا تحالفا أنفسخ العقد،واختص الربح والخسران بالمالك ،ووجب للعامل أجرة المثل فيما عمل .
وفي وجه :أنّها إن كانت أكثر من نصف الربح ،فليس له قدر النّصف ؛لأنّه لا يدعى أكثر منه .
انظر/ الحاوي ٣٥٠/٧،المهذب ٢٣٤/٢،البيان ٢٣٣/٧،حلية العلماء ٥/ ٣٥٤ ، فتـــح العزيـــز ٤٧/٦، الروضة ٥ /١٤٦ .

[٤] انظر/ الحاوي ٣٥٠/٧،المهذب ٢٣٤/٢،البيان ٢٣٣/٧.

[٥] قوله (كان ألفاً)بداية ٨/ل/٢٥ب من (ب)

[٦] في ب (فهما نصفين)

[٧] إذا لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل مع يمينه .
أما إذا كان في المال ربح ففيه أوجه :
أحدها :أن القول قول العامل مع يمينه وهو الذي ذكره المصنف ،وهو الأصح .
والثّاني :يتحالفان وهذا الوجه حكاه الشيخ أبو إسحاق ؛لأنَّ قدر الربح يتفاوت به ،فأشبه الاختـــلاف في القدر المشروط من الربح .
والثالث :أن القول قول رب المال .
انظر/ الحاوي ٣٥٠/٧،المهذب ٢٣٤/٢،البيان ٢٣٣/٧، حلية العلماء ٣٥٤/٥،فتح العزيز ٦/ ٤٧،الروضة ١٤٦/٥.

[٨] انظر/ البيان ٢٣٣/٧.

والثّاني: أنّ تحقيق الاختلاف إنّما هو في القبض ؛ لأنّ ربّ المال يقول قبضتَ [ألفين ويقول العامل : :قَبضْتُ] [1] ألفاً.

ولو اختلفا في القبض كان القول قول العامل ؛ لأنّ الأصل أنّه ما قبض الزيادة التي يدّعيها عليه، [2] والله أعلم.

[1] [ألفين ويقول العامل : :قَبَضْتُ] ساقط من أ.

[2] انظر/ التهذيب ص١٢٥،المهذب ٢/٢٣٤،فتح العزيز ٦/٤٧.

فـــــرع

إذا دفع رجل إلى رجلين مالاً قراضاً ،وتصرّفا فيه ونضّ المال ثلاثة آلاف ،فلمّـا أرادوا القسمة ،قال ربُّ المال: أعطيتكما ألفين رأسَ المال، والرِّبح ألف ،فلي منه خمسـمائة ، ولكما خمسمائة بينكما نصفين ، فصدَّقه في ذلك أحدهما ،وكذَّبه الآخر، وزعـم [(١)] أنَّ راس المال كان ألفاً والرِّبح ألفان [(٢)] ، فالقول قول العامل المُكَذِّب في ذلـك ؛[(٣)] لأنَّ المال في يده ؛ ولأنَّ هذا اختلاف في القبض ،ولا يلزمه [(٤)] إلا القدر الذي أقـرَّ بقبضه، [(٥)] فإن حلف المكذِّب أخذ خمسمائة ،وتبقى خمسمائة على حسب ما اتَّفق عليه ربُّ المال والعامل الآخر ، ويكون ملك الخمسمائة بينهما على الثلث والثلثـين، فللعامل ثلثها [(٦)]ولربِّ المال ثلثاها؛[(٧)] لأنّ العامل أقرَّ بأنّه لا يستحقُّ إلا الربـع ، وأنّ ربَّ المال يستحق النِّصف، والنِّصف من الأربعة إذا أضيف إليه ربع كان ذلك ثلاثـة أسهم فنقسم ذلك الباقي [(٨)] على ثلاثة ويكون الذي أخذه العامل الحالف بمنـزلة التالف [(٩)] فيكون لربِّ المال ثلاثمائة وثلاث وثلاثون وثلث ، وللعامل مائـة وسـتة وستون وثلثان فذلك خمسمائة. [(١٠)]

---

(١) في ب (فزعم).

(٢) في ب (ألفين)

(٣) مع يمينه ،وذلك إذا لم تكن مع أحدهما بينة ،فإن وجدت البينة حكم بها .
انظر/ البيان ٢٣٤/٧،فتح العزيز ٤٧/٦،الروضة ١٤٦/٥،نهاية المحتاج ٢٤٢/٥.

(٤) في ب(فلا يلزمه).

(٥) كما تقدم في الفرع السابق ص٦١٦.

(٦) وهو ما يساوي مائة وستة وستون وثلثان كما سيذكره المصنف .

(٧) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٢٦،البيان ٢٣٤/٧ فتح العزيز ٤٧/٦-٤٨،الروضة ١٤٦/٥.

(٨) وهو الخمسمائة .

(٩) انظر/ البيان ٢٣٤/٧،فتح العزيز ٤٨/٦،نهاية المحتاج ٢٤٢/٥.

(١٠) البيان ٢٣٤/٧.

فــــــرع

إذا أعطاه مائة قراضاً فخسر فيها عشرة ،ثم أخذ ربُّ المال منها عشرة ،ثم تصــــــرَّف العامل وربح [1] فأراد [2] المقاسمة ،فإنّه يعزل من جملة المال تسعة وثمانين درهمـــاً وهو قدر رأس المال، وما بقي فهو [قدر] [3]الرِّبح ،[4]وإنَّما كان كذلـك ؛ لأنَّ ربَّ المال أخذ من رأس المال عشرة فانفسخ القراض فيها بعد الخسران، وكان الخسران قد تقسط على الباقي، فحصَّة كلِّ عشرة / دراهم[5] من التسعين درهمٌ وتسعُ درهمٍ مـن الخسران، فكأنّه أخذ أحد عشر درهماً [6] وتُسْعَ درهمٍ ،فيكون ذلك القدر مقبوضاً بما يخصّه من الخسران الذي يتقسَّط على المال ؛ لأنّه لا يجوز أن يجعل ما أخـــذه [7] ربُّ المال من رأس المال، ويجعل الخسران فيما بقي على العامل.[8]

٦

وأمَّا إذا كانت المسألة بحالها :وأخذ بعد الخسران خمسة وأربعين درهماً /وهو نصـف الباقي بعد الخسران فإنّه يحتسب عليه ذلك بحصَّته من الخسران ،فيكون رأس المـــال خمسين درهماً فيحتاج [9] أن يُرَدَّ حين المفاصلة وهو قدر راس المال. [10]

---

[1] لعل في الكلام سقطاً تقديره (مائة وخمسون درهماً)انظر/ البيان ٢١٥/٧

[2] في ب (وأراد).

[3] [قدر] زيادة من ب.

[4] انظر/ التهذيب ص ١١٢-١١٥ ، الوسيط ١٢٨/٤،البيان ٢١٥/٧.

[5] قوله (دراهم)بداية ٨/ل/٢٦أ من (ب)

[6] درهماً: ساقط من نسخة ب.

[7] في ب (ما يأخذه).

[8] انظر/ البيان ٢١٥/٧،فتح العزيز ٤٥/٦،نهاية المحتاج ٢٤٢/٥،مغني المحتاج ٣٢١/٢.

[9] في ب (ويحتاج).

[10] خلاصة هذا الفرع :إنَّ المالك إذا استرد طائفة من المال :

فإن كان قبل ظهور الربح والخسران رجع رأس المال إلى القدر الباقي .

وإن ظهر ربح ،فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة من جملتي الربح ورأس المال،ويستقر ملـك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه ، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده .

=

فـــرع

إذا قارضه بألفين فأخذهما [1] فسُرِق منه أحدهما قبل التَّصـــرُّف فيـــهما ،انفســـخ القراض في التالف.[2]

وإن كـــان قـــد اشـــترى عبديـــن فتلـــف أحدهمـــا **ففيه وجهان:**

أحدهما: ينفسخ القراض [3] ؛ لأنّ العبد بدله ،فـــإذا انفســـخ القـــراض بتلـــف الألـــف ،وهـــي المبـــدل فكذلـــك بتلـــف العبد ، وهو البدل. [4]

=

وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران كان موزعاً على المسترد والباقي ،فلا يلزم جبر حصة المسترد مـــن الخسران ويصير المال هو الباقي بعد المسترد وحصَّته من الخسران .الروضة ١٤٤/٥-١٤٥.

[1] فأخذهما:ساقط من ب .

[2] هو أصح الوجهين ؛لأنها تلفت وهي باقية بعينها، فهي كما لو تلفت قبل أن يقبضها العامل ،وبه قطـــع الشيرازي في التنبيه.

وفي وجه: أنّه خسران فيجبر بالربح الحاصل بعدُه؛لأنّه بقبض العامل صار مال قراض ،وعلى هذا فـــرأس المال ألفان ،وقيل: إن هذا منقول المزني عن الجامع الكبير .

-هذا إذا حصل التلف أو النقص قبل التصرف، وأمَّا إذا حصل بعد التصرف فإن كان النقـــص حصـــل برخص أو عيب أو مرض حادث فهو خسران مجبور من الربح .

وأما النقص العيني وهو تلف البعض ،فإن حصل بعد التصرف بالمال بيعاً وشراءً ،فقطع الجمـــهور بـــأن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية خسران يجبر بالربح ،وفي التلف بالسرقة والغصب وجهان ،وطرد جماعة الوجهين في الآفة السماوية ،**والأصح في الجميع الجبر.**

انظر/ التنبيه ص١٢٠، التهذيب ص١٧٩، الوجيز ٢٢٥/١، البيان ٢٢٠/٧، فتح العزيز ٣٧/٦، الروضـــة ١٣٧/٥ – ١٣٩، المنهاج مع مغني المحتاج ٣١٩/٢.

[3] أي بالألف التي هي بدل العبد .

انظر/ المهذب ٢٣٢/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٤٣، الوســـيط ١٢٤/٤،البيـــان ٢٢٠/٧، حليـــة العلمـــاء ٣٤٣/٥،الروضة ١٣٩/٥.

[4] انظر/ المهذب ٢٣٢/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٤٣،البيان ٢٢٠/٧،فتح العزيز ٣٨/٦,

والثّاني: أنّه لا ينفسخ فيه ،ويجبر ذلك من الرِّبح [1] ؛ لأنّه قد دار المال في القــواض، وحصل في المتاع فما يتلف منه ،فإنّه [2] في حكم الخسران في التجارة ، [3] ولأنّه لو كان اشترى بالألفين عبدين ثم تلف أحدهما بعد حصول الرِّبح في المال لم ينفســخ القراض فيه ،ويحتاج أن يجبره بالرِّبح،[4]فكذلك هذا.

---

[1] وهو المذهب واختاره الشيخ أبو حامد .

انظر/ التنبيه ص١٢٠،بحر المذهب ٩/ل ١٤٣،البيان ٧/ ٢٢٠،الروضة ٥/ ١٣٩.

[2] في ب (فهو)

[3] انظر/ المهذب ٢/ ٢٣٢،بحر المذهب ٩/ل ١٤٣،الوسيط ٣/ ١٢٨.

[4] انظر/ التهذيب ص١٠٩،البيان ٧/ ٢٢٠،الروضة ٥/ ١٣٩.

فــــرع

إذا أعطاه ألفاً قراضاً ،ثم اشترى عبداً للقراض ،فلمَّا رجع ليزن المال وجده قد سُــرِق فذكر الشَّافعيّ رحمه الله في البويطي :[1] أنَّ العبد يلزم المضارب في حقّه ،وينفســخ القراض ،[2]وقد ذكرت هذا وأنَّ القراض ينفسخ؛[3]لأنَّ عين الألف قد تلفت قبــل التَّصرُّف فيها ،والذي نصَّ عليه الشَّافعيّ رحمه الله أنَّ العبد يلزم العامل.

وفيه وجه آخر: أنّه يلزم ربَّ المال ؛[4]لأنّه [5]اشتراه لربِّ المال بإذنه، فوجــــب أن يلزم ربَّ المال في خاصِّ ماله. [6]

والأوَّل هو المنصوص عليه ، وهو كالوكيل إذا اشترى ما لم يتناوله إذن الموكِّل ،فإنّــه يلزم الوكيل في خاصِّ ماله،[1]فكذلك هذا.

---

[1] تقدمت ترجمته في ص ٥٢٩.

[2] وهو في مختصر البويطي ل ٤٠.

-قال الرُّوْياني في البحر بعد نقله هذا عن الشَّافعيّ :(واختلف أصحابنا في تأويلها على طريقين :فمنهم مــن قال إذا تلف الألف لا يخلو من أحد أمرين :

إما أن تتلف قبل الشراء، أو بعد الشراء، فإن تلف قبل الشراء مثل :أن يشتري عبداً بألف ثم بان لــــه أن الألف قد هلك قبل الشراء فقد زال القراض وبطل وانقطع تصرف العامل للقراض فإن ابتا ع بعد هــذا شيئاً كان له دون رب المال و لاشيء على رب المال ،وهذه مسألة البويطي .

وإن كان التلف بعد حصول الشراء كان المبيع لرب المال قراضاً وعليه تسليم ألف آخر في ثمنه ....وقال ابن سريج :المبيع للعامل والثمن عليه ولاشئ على رب المال على ظاهر ما قاله في البويطي)بحر المذهــــب ٩/ل ١٤٢.

ونحوه في البيان ٢٢١/٧،فتح العزيز ٣٩/٦،الروضة ١٤٠/٥.

-والأصح قول ابن سريج جرياً على ظاهر النص ،كما سيرجحه المصنف في ٦٢٦.

[3] ذكره في الفرع السابق ص٦٢٣.

[4] انظر/ الحاوي ٣٣٤/٧،التنبيه ص١٢٠،التهذيب ص١١٠،الوسيط ١٢٤/٤.

[5] قوله (لأنّه اشتراه لربِّ المال بإذنه، فوجب أن يلزم ربُّ المال)ساقط من نسخة ب.

[6] انظر/ البيان ٢٢١/٧،فتح العزيز ٣٩/٦.

فـــــرع

إذا أعطاه ألفاً قراضاً على أن يحمل ألفاً بضاعة يتَّجر لـــــه فيـــها ،كـــان القـــراض فاسداً؛/ [2]لأنّه [3] لم يرض بعمله في مال القراض في مقابله ما شرط له من الرِّبح حـتى شرط عليه عملاً آخر في بضعة له ،وذلك الشَّرط لا يثبت، وقـــد جعـــل [4] في مقابلته جزءاً من الرِّبح الذي شرط له، فيسقط ذلك القدر، ويبقى البـــاقي مجـــهولاً ،والعوض إذا كان مجهولاً فسد القراض. [5]

فإن قال: قارضتك بهذه الألف على أنَّ نصف الرِّبح لك، وأسألك أن تتَّجـــــر لي في بضاعة كان ذلك جائزاً ؛ [6] لأنّه لم يشرط [7] عليه ،وإنّما هو حاجة رفعها إليه من غير أن يلزمه إيَّاها ،فلا يقابل [8] ذلك جزءاً من الرِّبح. [9]

=

[1] إن اشتراه بعين مال الموكل بطل العقد ،وإن اشتراه بثمن في الذمة ،نظر فإن لم يذكر الموكل في العقد لزم الوكيل ما اشتراه ،وإن ذكر المركل في العقد ففيه وجهان :

أحدهما : أن العقد باطل .

والثّاني :يصح العقد ،ويلزم الوكيل ما اشتراه وهو الأصح .

انظر/ المهذب ٢/١٧٥،الروضة ٤/٣٢٤.

[2] انظر/ الأم ٤/١٠-١١،الحاوي ٧/٣٢٠، البيان ٧/١٩٣.

[3] قوله (لأنّه لم يرض ...) بداية ٨/ل/٢٦ب من (ب).

[4] في ب(حصل).

[5] انظر/ البيان ٧/١٩٣.

[6] انظر/الحاوي ٧/٣٢٠، بحر المذهب ٩/ل ١١٦،البيان ٧/١٩٣

[7] في ب(يشترط)

[8] في ب(ولا يقابل)

[9] انظر/ البيان ٧/١٩٣.

فـــرع

إذا قدَّم مائة دينار وألف درهم فقال: خذ هذه ،أو هذه قراضاً على أن يكون نصــف الرِّبح لك لم يجز؛ [1] لأنّه أوجب له [2] في مال مجهول،[3] فهو كما لو قال بعتك أحد هذين العبدين لم يجز [ذلك][4]، [5] فكذلك هذا.

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٠٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٤٤،البيان ١٨٩/٧.

[2] له :ساقطة من نسخة ب.

[3] المراجع السابقة .

[4] [ذلك] زيادة من ب .

[5] انظر/ البيان ١٨٩/٧.

فـــــرع

/٦ إذا أعطاه مالاً جُزَافاً /وقارضه عليه لم يصحّ ذلك؛[1]لأنّه إنّما يقارضه لـــيرجع عنـــد المفاصلة إلى رأس المال ، وإذا كان مجهولاً لم يمكن الرجوع إليه. [2]

وإن أسلم في شيء جِزافاً فقد ذكرنا **فيه قولين:**

أحدهما: يجوز. [3]

والثّاني: لا يجوز.[4]

فإذا قلنا: يجوز ، فالفرق بينهما أن رأس المال في السَّلم لا يدفع لكي يرجـــع إليـــه ، وإنّما يدفع لكي يأخذ [5] المسلَم فيه الموصوف ،وإنّما يرجـــع إلى رأس المـــال في السَّلم لعارض ،وهو أن يتعذّر تسليم المسلَم فيه ، وفي مسألتنا إنّما يعقد القراض لكي يرجع إلى رأس المال حين المفاصلة؛ [6]فلهذا فرّقنا بينهما.

---

[1] انظر/الأم٤/ ١٠ المهذب ٢/٢٢٧، التهذيب ص٦٧، الوجيز ١/٢٢١، البيان ٧/ ١٨٨، فتح العزيـــز ٨/٦، مغني المحتاج ٢/٣١٠.

[2] انظر/ المهذب ٢/٢٢٧،البيان ٧/١٨٨،فتح العزيز ٦/٨.

[3] وهو الأظهر ،وهو اختيار المزني .
انظر/ مختصر المزني ص١٥٤،الوجبز ١/١٥٤،الروضة ٤/٥،المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٠٤.

[4] انظر/ الروضة ٤/٥،مغني المحتاج ٢/١٠٤.

[5] في ب(ليأخذ)بدل (لكي يأخذ).

[6] قال البغوي في التهذيب :(لأنّه_ أي السلم _ لا يعقد للفسخ ،وعقد القراض يعقد للفسخ ،والتميـــيز بين رأس المال والربح ،فإن كان جزافاً لا يمكن التمييز) ص٦٧.و انظر/ فتح العزيز ٦/٨.

فـــــرع

إذا باع العامل شيئاً من [مال] [1] القراض من ربّ المال كان البيع بـــاطلاً ؛ [2] لأنّ ربّ المال يشتري ما هو ملك له . [3]

وكذلك إذا اشترى السيِّد شيئاً من عبده المأذون له في التجارة لم يصحَّ؛ [4] لأنّ مـــا في يده ملكه فلا يصح أن يشتري ملكه، [5] ويفارق إذا اشترى شيئاً من المكـاتب [6] ؛ لأنّ ما في يده ملك له دون سيِّده.

---

[1] في أ(المال)والمثبت من ب.

[2] انظر/ الحاوي ٣٢٠/٧،التهذيب ص١٠٤،الوسيط ١١٦/٤،الروضة ١٢٨/٥، فتح العزيز ٢٢/٦.

[3] انظر/ الحاوي ٣٢٠/٧،الوسيط ١١٦/٤، فتح العزيز ٢٢/٦،مغني المحتاج ٣١٦/٢.

[4] انظر/ التهذيب ص١٠٤،الوسيط ١١٦/٤،الروضة ١٢٨/٥ .

[5] انظر/ فتح العزيز ٢٢/٦،الروضة ١٢٨/٥.

[6] حيث يصح الشراء مع أنّه عبد له .

انظر/ التنبيه ص١٤٧،الوجيز ٢٩٢/٢.

فـــــرع

إذا اشترى جارية للقراض لم يكن لأحد منهما وطؤها. [1]

أمَّا العامل فلا يجوز له ذلك؛[2] لأنّها إمَّا أن/ تكون [3] ملكاً لغـــيره —وهـــو ربُّ المال–أو تكون بينهما ،والجارية المشتركة [4] لا يجوز لأحد الشريكين وطؤها. [5]

وأمَّا ربُّ المال فلا يجوز له ذلك ؛[6] لأنّها إمَّـــا أن تكـــون مشـــتركة بينـــه وبـــين العامل ، أو تكون له وحقُّ العامل متعلّق بها ،والوطء ربَّما أدَّى إلى تلفـــها بـــالعلوق والحبل، أو نقصان قيمتها بذلك، [7] فهو كالرَّاهن لا يجوز له أن يطأ الجارية المرهونة؛ لتعلُّق حقِّ المرتهن برقبتها. [8][9]

فإذا أذن ربُّ المال للعامل في ذلك لم يجز بكلِّ حال[10] لأنّ الوطء في ملك الغـــير لا يســـتباح بـــــالإذن والإباحـــــة ،وهـــــذه الجاريـــــة إمَّـــــا أن تكـــــون

---

(1) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٤٤،الوجيز ٢٢٥/١،البيان ٢٢٢/٧،فتح العزيز ٣٥/٦، الروضة ١٣٧/٥،مغني المحتاج ٣١٨/٢.

(2) فإن وطئ العامل فعليه الحدُّ إن لم يكن ربح وكان عالماً ،وإلا فلا حدَّ عليه ،ويؤخذ منه جميع المهر ويجعل في مال القراض .

انظر/ فتح العزيز ٣٦/٦،الروضة ١٣٧/٥.

(3) قوله (تكون ملكاً...) بداية ٨/ل/٢٧أ من (ب)

(4) في ب (فالجارية مشتركة)

(5) انظر/ البيان ٢٢٢/٧.

(6) واستبعد الإمام التحريم إذا لم يكن ربح.

وجزم البغوي في التهذيب بتحريم لوطء كان في المال ربح أو لا.

وإذا قلنا: بالتحريم فوطئ لم يكن فسخاً للقراض على الأصح ،ولا حدَّ عليه .

انظر/ التهذيب ص١٠١،فتح العزيز ٣٥/٦-٣٦،الروضة ١٣٧/٥.

(7) انظر/ التهذيب ص١٠١،البيان ٢٢٢/٧،فتح العزيز ٣٥/٦.

(8) في ب (لها).

(9) انظر/ التنبيه ص١٠٠،المنهاج ومغني المحتاج ١٣١/٢.

(10) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٤٤،البيان ٢٢٣/٧.

جميعها لربِّ المال أو بعضها، [1] وإن أذن العامل لربِّ المال في ذلك وقلنا: إنّه يملك حصَّته من الرِّبح بالظهور [2] ،وقد ظهر الرِّبح ،[3]لم يجز له وطؤها ؛ لأنّها بينهما .

وإن قلنا: إنّه [4]لا يملكها إلا حين المفاصلة،[5]أو لم يظهر في المال ربح كان له وطؤها [6] كما [إذا][7]أذن المرتهن للراهن في وطء المرهونة جاز له ذلك.[8]

فأمَّا تزويجها فليس لواحد منهما أن يتزوجها [9] ؛[10]لأنّه ينقص قيمتها فيكون فيه ضرر على صاحبه. [11]

فإن تراضيا جاز . [12]

وإن أعتقها ربُّ المال كان حكمها حكم المرهونة إذا أعتقها الراهن،[13] فإن كان أذن له العامل عتقت ، وإن لم يأذن فهي على الأقاويل التي ذكرناها في كتاب الرهن،[14]والله أعلم.

---

[1] انظر/ البيان ٢٢٣/٧.

[2] بالظهور :ساقطة من نسخة ب.

[3] وقد تقدم ص٥٥٢

[4] أنّه :ساقط من ب

[5] وقد تقدم ص٥٥٢.

[6] يراجع التعليق رقم (٦) ص٦٣٠.

[7] [إذا] زيادة من ب .

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٤٤،الوجيز ١٦٤/١،البيان ٢٢٣/٧،مغني المحتاج ١٣٢/٢.

[9] في ب (يزوجها)

[10] انظر/ البيان ٢٢٣/٧،فتح العزيز ٣٦/٦،الروضة ١٣٨/٥،مغني المحتاج ٣١٨/٢.

[11] انظر/ المراجع السابقة.

[12] لأن حقهما لا يخرج عنهما .

انظر/ البيان ٢٢٣/٧.

[13] المرجع السابق .

[14] كما تقدم في كتاب الرهن ،من التعليقة الكبرى ص٦٦٨،رسالة دكتوراه مقدمة من الشيخ :سعيد القحطاني.

وإن لم يأذن المرتهن بالعتق فقيه ثلاثة أقوال :

=

فـــرع

إذا طلب أحد المتقارضين قسمة الرِّبح مع البقاء على القراض، وامتنع الآخر كان لـــه ذلك؛ [1]لأنّ للممتنع غرضاً صحيحاً/ في ذلك ؛ لأنّه إن امتنع ربُّ المال فإنّه يقــول: لا آمن أن يخسر في المال فينقص رأس المال ،فيحتاج أن يردَّ ما أخذه مـــن الرِّبـــح ، وربَّما تعذّر الوصول إلى ذلك، من جهته لفقره . [2]

وإن امتنع العامل فإنّه يقول: لا آمن أن أخسر في المال فأحتاج أن أردَّ ما أخذت، فلا يستقرُّ لي ذلك ، وربَّما لم يحضرني شيء في ذلك الوقت، فتبقـــى ذمَّـــتي مرهَنـــة بالدَّين . [3]

وإذا كان للممتنع غرضٌ صحيحٌ لم يجبر على المقاسمة.

فإن اتفقا على أن يقتسما كلَّما ارتفع في المال ربح -وهذه عادة أربـــاب الأمـــوال ،والمعاملين في عقود القراض -جاز ذلك. [4]

فإن أراد/ المفاصلة [5]وكان هناك ربح أخذ ربُّ المـــال [6] قـــدر رأس المـــال ، واقتسما الرِّبح ، وإن لم يكن ربح و لم يبق إلا قدر رأس المـــال أخـــذه ،ولا شـــيء للعامل. [7]

=

أحدها : ينفذ عتقه من الموسر ،ويغرم قيمته يوم عتقه رهناً.وهو الأظهر.

والثّاني : ينفذ مطلقاً،ويغرم المعسر إذا أيسر القيمة وتصير رهناً.

والثالث :لا ينفذ مطلقاً.

انظر/ التنبيه ص١٠٠،الوجيز ١/١٦٤،المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٣٠.

[1] انظر/ المهذب ٢/٢٣١،التهذيب ص١٢٣،البيان ٧/٢١٤،فتح العزيز ٦/٣٤،الروضة ٥/١٣٦.

[2] انظر/ البيان ٧/٢١٤،فتح العزيز ٦/٣٤.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٣١،البيان ٧/٢١٤،فتح العزيز ٦/٣٤.

[4] انظر/ المهذب ٢/٢٣١،التهذيب ص١٢٥،البيان ٧/٢١٥.

[5] قوله (المفاصلة) بداية ٨/ل/ ٧٠ب من (ب).

[6] في ب (فإن رب المال يأخذ)

[7] انظر/ التهذيب ص١٢٤،البيان ٧/٢١٥،فتح العزيز ٦/٣٤.

وإن كان قد نقص رأس المال نظر : -

فإن كان يَتِمُّ بإضافة ما أخذه ربُّ المال من الرِّبح أضيف إليه ، وكان ما أخذه العامل بينهما نصفين ،أو على ما شرطاه، فردَّ العامل نصف ما أخذه على ربِّ المال أو ما شرطاه من الرِّبح، وإن كان لا يَتِمُّ رأس المال بإضافة ذلك القدر إليه أضيف [إليه] [1] مما أخذه العامل ما يَتِمُّ به، ثم ما يبقى بعد ذلك يكون بينهما على حسب ما شرطاه ، وإن كان لا يَتِمُّ إلا بإضافة الجميع طالبه بجميع ما أخذه ؛ لأنَّ الرِّبح جعل وقاية لرأس المال ، فلا يسلَّم لأحد منهما ربح حتى يكمل رأس المال. [2]

---

[1] [إليه] زيادة من ب.

[2] انظر المراجع السابقة .

فـــــرع

إذا أعطاه ألفين على أن يشاركه في أحد الألفين فيضيف إليها ألفاً من عنده فيكـــون الجميع بينهما شركة ،وتكون الألف الأخرى قراضاً بينهما جاز ذلك ،ويكون شريكاً ومقارضاً له؛ [1]إذ ليس أكثر من أن مال القراض مشاع، وذلك جائز ،إذا كـــان لا يمنع العامل من التَّصرُّف في الجميع، في مال نفســـه بـــالملك ،وفي مـــال صاحبـــه بالقراض. [2]

[1] انظر/ الوسيط ١٣٠/٤،فتح العزيز ١١/٦،الروضة ١١٩/٥،مغني المحتاج ٣١٠/٢، نهاية المحتاج ٢٢٢/٥.

[2] انظر/ فتح العزيز ١١/٦،الروضة ١١٩/٥.

فـــرع

يجوز للأب ،والجدِّ ،والوصيِّ ،والحاكم ،أن يعقدوا على مال المُوَلَّـــى عليــه عقــد القراض[1] بدليل قوله عليه الســـلام : ((**ابتغـــوا في أمـــوال اليتـــامى لا تأكلـــها الزكاة**))[2] وأراد به التجارة فيها.[3]

ولأنّه يجوز أن يبيع من مال المُوَلّى عليه ،ويشـــتري بـــه ،يقصـــد بذلـــك الفضـــل والرِّبح، فكذلك يجوز عقد القراض عليه ؛ لأنّ المقصود منه الفضل والرِّبح..[4]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٣٦،البيان ٧/١٨٩.

[2] رواه الشّافعيّ في مسنده عن عبد المجيد عن ابن جريج عن يوسف بن ماهك أنّ رسول الله ﷺ قـــال ((ابتغوا في مال اليتيم ،أو في مال اليتامى لا تذهبها ،أو تستأصلها الصدقة))مسند الشّافعيّ ص٩٢.
والبيهقي في السنن الكبرى بالسند نفسه ٤/١٠٧.
وأبو عبيد في الأموال عن حجاج عن ابن جريج به ((ابتغوا في أموال اليتامى لاتذهبها الزكاة. فقلت لحجاج عن رسول الله .قال :نعم)).ص٤٥٤،حديث رقم (١٣٠٠).
قال ابن الملقن :(وهذا مرسل ؛لأنّ يوسف بن ماهك تابعي ،ومع إرساله فعبد المجيد هـــذا فيـــه مقـــال ....)البدر المنير ص٨٣،رسالة ماجستير بتحقيق حسين شريف العبدي.
ورواه عن عمر ﷺ البيهقي في السنن الكبرى بلفظ (ابتغـــوا بـــأموال اليتـــامى لاتأكلـــها الصدقـــة) وقال : وهذا إسناد صحيح وله شواهد عن عمر ٤/١٠٧.
وعبد الرزاق في مصنفه ٤/٦٨.
و انظر/ تلخيص الحبير ٣/١٦٨،نصب الراية٢/٣٣٢.

[3] انظر/ البدر المنير ص٨١.

[4] انظر/ البيان ٧/١٩٠.

فـــــرع

إذا أعطاه بَغْلاً على أن يحمل عليه وتكون الأجـــرة بينـــهما كـــان ذلـــك معاملـــة فاسدة ، ولم يكن قراضاً ؛[1]لأنّ القراض لا يجوز إلا في الأثمان. [2]

فإن اكتسب شيئاً بالحمل /عليه كان لصاحب البغل ،وله أجـــرة المثـــل [3] ؛ لأنّ المعوَّل في حمل المتاع على البغل ، والكراء يكون مضافاً إلى البغل دونه. [4]

ويفارق هذا إذا أعطاه شبكة على أن يكون ما يصطاده بينهما ،حيث قلنا: إنّ الصيـد يكون للصائد ،/ والأجرة [5]عليه لصاحب الشـــبكة؛ [6]لأنّ الصيـــد يضـــاف إلى الصـــائد دون الشبكة ،كما يضاف الكراء إلى البغل دون العامل. [7]

---

[1] وكذلك إذا دفع إليه ماشية ليعفها ممسكاً رقابها ،ثم يقتسمان درّها ونسلها لم يجز .
انظر/ الحاوي ٣١٠/٧،التهذيب ص٧٦،البيان ١٨٧/٧-١٨٨.

[2] كما تقدم ص٤٩٧ .

[3] في ب (مثله).

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،البيان ١٨٨/٧.

[5] قوله (والأجرة)بداية ٨/ل/٢٨أ من (ب)

[6] كما تقدم ص٥٠٣.

[7] انظر/ الحاوي ٣١٠/٧،البيان ١٨٨/٧.

فـــــرع

إذا أخذ مال القراض، ثم إنّه خلطه بمال من عنده كان متعدّياً بذلك ،وضمـــن مـــال القراض ؛لأنّه أمانة في يده. [1]

فإذا خلطه بمال من عنده بغير إذن صاحبه كان ضامناً له ، [2] كما قلنا في الوديعـة إذا خلطها بمال من عنده. [3]

فـــــرع

إذا أعطاه ألفاً قراضاً فتصرَّف فيها ،ثم أعطاه ألفاً أخرى بشرط أن يضيفها إلى الألـف الأوّلى ويخلطها بها ،ويتصرَّف فيهما معاً لم يجز ذلك؛ [4]لأنّ الألف الأوّلى قد اسـتقرَّ القراض بالتّصرُّف فيها ، فإذا شرط عليه إضافة الألف الثّانية إليها فقد شـرط عليـه إضافة الألف الثانية إليها [5] فقد شرط عليه أن يجبر نقصان أحدهمـا في التجـارة بالأخرى وذلك لا يجوز؛ [6] لأنّه إذا تصرف في المال واستقرَّ حكمه، كان حكـم العقد الثّاني باطلاً؛ إذ شرطه [7] فيه شرطاً لا يصح.

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٢٠/٧،التهذيب ص١١١،فتح العزيز ٤٩/٦،الروضة ١٤٨/٥.

[2] انظر المراجع السابقة .

[3] انظر/ التهذيب ص١١١،البيان ٢٢٠/٧.

[4] انظر/ الحاوي ٣٣٤/٧-٣٣٥،بحر المذهب ٩/ل ١٤٠،البيان ٢١٧/٧،فتـح العزيـز ٤٩/٦،الروضـة ١٤٨/٥،مغني المحتاج ٣٢٢/٢.

-ونقل العمراني عن المصنف في المجرد أنّه إذا تصرف في الألف الأوّلى ونضت جاز ضم الثّانية إليها .البيـان ٢١٨/٧.

[5] لعل قوله (فقد شرط عليه إضافة الألف الثانية إليها) تكرار من النسّاخ

[6] انظر/ الحاوي ٣٣٤/٧-٣٣٥،البيان ٢١٧/٧-٢١٨.

[7] في ب (شرط).

فـــــرع

إذا قارضه في بلد، فسافر إلى مكة ،فلقيه بها ،فطالبه بالمفاصلة فتفاصلا ،فهل للعـــامل أن يطالبه بنفقة رجوعه إلى بلده الذي كان قارضه فيه أم لا ؟.

إذا قلنا: إنّ نفقة العامل في ماله لم يكن له ذلك .

وإن قلنا: إنّ نفقته في مال القراض كان له المطالبة بقدر نفقته ، وهل يطالب بجميـــع النفقة أو بالقدر الذي يزيد على نفقته في الحضر لأجل السفر ؟ على وجهين ذكرناهما فيما تقدَّم. [1]

---

[1] وقد تقدمت هذه الأحكام ص٣٢٨-٥٣١.

فـــــرع

إذا كان لرجل أرض ،فشرط عليه آخر أن يغرس فيها غراساً على أن يكون الغـــراس بينهما،والأرض بينهما لم يجز ،ولصــــاحب الأرض أرضـــه ،ولصــاحب الغــراس غراسه ،وله أن يَغْرَم قيمة الغراس ،وعلى صاحبها أن يقبلها، وله أن يطالبه بـــــالقلع بشرط أن يَغْرَم الأرش ،وليس له المطالبة بذلك من غير أن يَغْرَم الأرش ؛ لأنّه غـــرس بإذنه في أرضه ،فهو كما قلنا في العارية ،[1]والله أعلم بالصواب.

* * *

[1] انظر هذا الفرع في بحر المذهب ٩/ل ١٤٤.

كتـــاب المســـاقـــاة [1]

/قـــال الشّـــافعيّ [2] رحمـــه الله : ((سَـــاقَى رَسُـــولُ اللهِ ﷺ أَهْـــلَ خَيْـــبرٍ [3] عَلَـــى أَنْ نِصْـــفَ الثَمـــرَ لَـــهُمْ فَكَـــانَ [4] يَبْعَـــثُ عَبْـــدَ اللهِ بـــنِ رَوَاحَـــةَ رضـــي الله عنـــه [5] فَيَـــخْرِص بَيْنَـــهُ وَبَيْنَـــهُمْ ثُـــمَّ يَقُـــوْلُ: إِنْ شِـــئْتُمْ فَلَكُـــمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي [6] [قال رحمـــه الله] [7] فَـــإِذَا سَـــاقَى عَلَـــى النَّخـــل ،أَو الْعِنَـــبِ بِجُـــزْءٍ مَعْلُـــومٍ فَـــهِيَ الْمُسَـــاقَاةُ الَّتِـــي سَـــاقَى عَلَيْهَا رَسُولُ الله ﷺ [8])) [1] .

---

[1] المساقاة في اللغة مأخوذة من السقي ؛لأنَّ العامل يسقي الشجر؛لأنّه أهم أمورهم .
انظر/ حلية الفقهاء ص١٤٨،تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٦.
وسيأتي تعريفها اصطلاحاً في كلام الشارح .

[2] قوله (قال الشافعي)بداية ٨/ل/٢٠٨ب من (ب)

[3] خيبر مدينة على بعد ثمانية برد من المدينـــة لمـــن يريـــد الشـــام ،انظـــر/ معجـــم البلـــدان ٢ /٤٦٨.
وتبعد عن المدينة حوالي ١٧٠ كيلوا متر.

[4] في المختصر المطبوع (وكان)ص١٣٤.

[5] هو عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس بن ثعلبة ،أبو عمرو الأنصاري الخزرجي البدري النقيب الشاعر ،له عن النَّبيّ ﷺ ،وعن بلال ﷺ وحدث عنه أنس بن مالك ﷺ ،والنعمان بن بشير ﷺ ،استشهد يوم مؤتة .
انظر/ التأريخ الصغير ١/٢٣، معجم الصحابة ٢/١٢٨،سير أعلام النبلاء ١/٢٣٠-٢٣٨.

[6] من هنا اختصر المصنف قول الشّافعيّ ،فحذف تفسيره للخرص ،ونص ما في المختصر (قال الشّـــافعيّ ومعنى قوله في الخرص (إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي) أن يخرص النَّخل كله ،كأنَّه خرصها مائـــة وســـقٍ وعشرة أوسق رطبًا ثم قدر أنَّها إذا صارت تمرًا نقصت عشرة أوسق، فصحت منها مائة وسق تمرًا، فيقـول: إن شئتم دفعت إليكم النِّصف الذي ليس لكم الذي أنا فيه قيِّمَ لأهله على أن تضمنوا لي خمسين وسقا تمـرًا من تمر يسميه ويصفه ،ولكم أن تأكلوها وتبيعوها رطبًا كيف شئتم، وإن شئتم فلي أن أكون هكذا مثلكم وتسلمون إلي نصفكم وأضمن لكم هذه المكيلة)).ص١٣٤

[7] [قال رحمه الله] ساقطة من أ.

[8] وسيأتي تخريج الحديث ص٦٤٦

عقد المساقاة عندنا جائز. [٢]

٣٨/أ/٦

وهو أن يكون /للرجل نخيل فيسلّمها إلى من يحسن القيام بها ليقوم بمصالحها ،فيصلح أجاجينها [٣] ،وطرق المياه إليها ، ويسقيها ،ويصرف جريدها، ويُسَيِّج[٤] بسلّاها، [٥] ويقطع الحشاش الذي ينشف ماءها ،ويعمل سائر ما يحتاج إليه من [٦] مصالحها على أن يكون له النِّصف من الثَّمرة . [٧]

---

[١] مختصر المزني ص١٣٤ وتمامها (وإذا دفع إليه أرضًا بيضاء على أن يزرعها المدفوعة إليه فما أخرج الله منها من شيء فله جزء معلوم فهذه المخابرة التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ترد إحدى السنتين بالأخرى)

[٢] انظر/ الأم ٤/ ١٠،الإقناع لابن المنذر ٢/ ٥٧٤،مختصر خلافيات البيهقي ٣/ ٤٣٥،البيان ٧/ ٢٥١،رحمة الأمةص٣٤٢

[٣] الأجَاجين /جمع إجَّانة بالتشديد ،وهو إناء يغسل فيه الثياب ،ثم استعير ذلك وأطلق على ماحول الغراس ،فالمراد بإصلاح الأجَاجِين ما يُحوّط على الأشجار، شبه الأحواض.
المصباح المنير ص٣،وانظر/تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢١٧

[٤] السِّياجُ الحظيرة من الشجر تجعل حول الكرم والبستان؛ وقد سَيَّجَ على الكرم ويقال حَظَرَ كَرْمَهُ بالسِّياجِ وهو أن يُسَيِّجَ حائطه بالشَّوْكِ لئلا يُتَسَوَّرَ السِّياجُ.

[٥] السُّلَّاة :كرُمَّانة،شوكة النخل ،جمعها سُلاء .
انظر/ القاموس المحيط ص٩١٤.

[٦] في ب (في)

[٧] أو ما يشترطانه .
وهذا تعريف المساقاة اصطلاحاً عند الشَّافعيّة.
انظر/ البيان ٧/ ٢٥١،فتح العزيز ٦/ ٥٠،الروضة ٥/ ١٥٠.
وتسمى المساقاة عند الحنفية المعاملة :وهي معاقدةُ دفعِ الأشجار إلى من يعمل فيها على أن التمر بينهما على ما شرطاه .
انظر/ طُلْبةُ الطَّلَبة ص٢٧١.
وعرفه المالكية: عقد على عمل مؤونة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل ,
انظر/ الفواكه الدواني ٢/ ١٢٤.
وعرفه الحنابلة :هي دفع شجر إلى من يقوم بمصلحته بجزء معلوم من ثمرته .
انظر/ الإنصاف ٥/ ٣٤٤.

ومن شرط صحّة هذا العقد :

أن يكون الذي يجعله للعامل معلوماً ،وهو أن يقول: نصف ،أو ثلث ،أو ما كان .

وأن تكون المدّة مقدَّرة، فإذا حصل هذان الشرطان صحَّ ذلك، [1]هذا مذهبنا [2] وبه قال أبو بكر الصديق، [3] وعمر [4] رضي الله عنهما ، وسائر الصحابة رضي الله عنهم، [5] ، وسعيد بن المسيِّب، [6] وسالم بن عبد الله بن عمر، [7] ومالك، [8]والثوري، [9] والأوزاعي، [10]

---

[1] وزاد الماوردي في الحاوي شرطين :

الأول :أن تكون النَّخل معلومة ،فإن كانت مجهولة بأن قال قد ساقيتك أحد حوائطي كان باطلاً.

الثاني :أن يعقد بلفظ المساقاة . ٧/٣٦٠-٣٦١-٣٦٢.

و انظر/ الوسيط ٤/١٣٩-١٤٢،المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٣٢٦.

[2]انظر/ الأم ٤/١٠،الإقناع لابن المنذر ٢/٥٧٤،مختصر خلافيات البيهقي ٣/٤٣٥،البيان ٧/٢٥١،رحمة الأمةص٣٤٢.

[3]انظر/ الإقناع لابن المنذر ٢/٥٧٤،المحلى ٨/٢١٤،البيان ٧/٢٥١،المغني ٧/٣٥٠.

[4]انظر/ المراجع السابقة.

[5]ونقل ذلك عنهم ابن حزم في المحلى ٨/٢١٤،وابن قدامه في المغني ٧/٥٣٠.

[6] تقدمت ترجمته ص٢٧١.

و انظر قوله في الإشراف لابن المنذر ١/١٦٧،المحلى ٨/٢١٦،البيان ٧/٢٥١،المغني ٧/٥٣٠.

[7]سالم بن عبد الله بن عمر أبو عمر وأبو عبد الله القرشي العدوي المدني وأمه أم ولد مولده في خلافة عثمان ،حدث عن أبيه فجود وأكثر ،وعن عائشة ، وأبي هريرة ، وعن زيد بن الخطاب العدوي ،وأبي لبابة ابن عبد المنذر وغيرهم. وعنه ابنه أبو بكر ،وسالم بن أبي الجعد ،وعمرو بن دينار ،وعمرو بن دينار القهرمان ،ومحمد بن واسع ويحيى بن أبي إسحاق الحضرمي، وغيرهم. مات سالم في سنة ست ومائة .

انظر/ سير أعلام النبلاء ٤/١٩٧.

انظر قوله في الإشراف لابن المنذر ١/١٦٧،البيان ٧/٢٥١،المغني ٧/٥٣٠.

[8]انظر/ موطأ مالك ٢/٧٠٤،المنتقى ٥/١٦٨،الاستذكار ٢١/٢٠٩.

[9] تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

و انظر قوله في الإشراف لابن المنذر ١/١٦٧،المحلى ٨/٢١٧،البيان ٧/٢٥١الاستذكار ٢١/٢٠٩،المغني ٧/٥٣٠.

[10] تقدمت ترجمته ص٢٨٣ .

وأحمد، [1] وإسحاق، [2] وأبو ثـــور ، [3] وداود، [4] وأبـــو يوســـف، [5] ومحمد [6] رحمهم الله .

وقال أبو حنيفة وزفر:[7] لا تصحُّ المساقاة بحال. [8]

واحتجَّ من نصرهما:

و انظر قوله في المحلى ٢١٧/٨،البيان ٢٥١/٧الاستذكار ٢٠٩/٢١،المغني ٥٣٠/٧.

[1] انظر/ المغني ٥٣٠/٧،الإنصاف ٣٤٤/٥،منتهى الإرادات ٣٣٦/١.

[2] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

وانظر قوله في الإشراف لابن المنذر ١٦٧/١،المحلى ٢١٧/٨، البيان ٢٥١/٧،الاستذكار ٢١٠/٢١.

[3] تقدمت ترجمته ص١٤٧.

وانظر قوله في البيان ٢٥١/٧،الاستذكار ٢١٠/٢١.

[4] هو داود بن علي بن خلف أبو سليمان البغدادي المعروف بالاصبهاني مولى أمير المؤمنين المهدي الفقيــه الظاهري مولده سنة مائتين ،وسمع سليمان بن حرب ،وعمرو بن مرزوق ،والقعنبي، ومحمــد ابــن كثــير العبدي. وطبقتهم ،حدث عنه ابنه أبو بكر محمد بن داود، وزكريا الساجي ،ويوسف ابن يعقوب الداوودي ،وعباس بن أحمد المذكر وغيرهم . توفي سنة سبعين ومائتين .

انظر/ تأريخ بغداد ٣٦٩/٨،سير أعلام النبلاء ٩٧/١٣.

وانظر قوله في البيان ٢٥١/٧،المغني ٥٣٠/٧.

[5] تقدمت ترجمته ص١٦٠.

انظر قوله في مختصر الطحاوي ص١٢٧،المبسوط ١٠١/٢٣، الاختيار لتعليل المختـــار ٩٣/٣ وص٩٩، البناية في شرح الهداية ٧٤١/٨.

[6] تقدمت ترجمته ص١٧٩.

وانظر قوله في المراجع السابقة وفي كتابه الحجة على أهل المدينة ١٤١/٤.

-والفتوى عند الحنفية على قولهما .

انظر/ الاختيار لتعليل المختار٩٤/٣.

[7] زفر بن الهذيل أبو الهذيل بن الهذيل بن قيس بن مسلم. ولد سنة عشر ومائة ،وحدث عـــن الأعمـــش وإسماعيل بن أبي خالد ،وأبي حنيفة ،ومحمد بن إسحاق ،وطبقتهم ،حدث عنه حسان بن إبراهيم الكرماني وأكثم بن محمد والد يحيى ابن اكثم، وعبد الواحد بن زياد ،وأبو نعيم وخلق . تفقه بأبي حنيفة وهو أكـــبر تلامذته. مات زفر سنة ثمان وخمسين ومائة.

انظر/ سير أعلام النبلاء ٣٨/٨.

[8] انظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٧،المبسوط ١٠١/٢٣،البناية في شرح الهداية ٧٤١/٨.

بما روي عن النَّبيّ ﷺ ((**أنّه نهى عن الغرر**)). [1] والمساقاة غرر ؛ لأنّه لا يدري أتسلم الثَّمرة ،أو لا تسلم ؟،وهل تقل ثمرتها أو تكثر ؟.

وروي عن النَّبيّ ﷺ أنّه قال: ((**من استأجر أجيراً فليعلمه أجره**)). [2]والأجرة في المساقاة مجهولة. [3]

وروي عن النَّبيّ ﷺ ((**أنّه نهى عن المخابرة**)) . [4] وهي معاملة أهل خيبر، [5]وهي المساقاة ، فدلَّ على أنّها منهيٌّ عنها.

---

[1] لم أجده بهذا اللفظ ،وإنَّما ورد عن أبي هريرة بلفظ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر) أخرجه مسلم في كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر ١٠/١٣٣برقم(١٥١٣).

[2] أخرجه بهذا اللفظ عن أبي هريرة محمد بن الحسن في كتابه الآثار باب السوم على سوم أخيه. ص١٦٧. والبيهقي في كتاب الإجارة ،باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة ،وتكون الأجرة معلومة وقال (كذا رواه أبو حنيفة ،وكذا في كتابي عن أبي هريرة ،وقيل من وجه آخر ضعيف عن ابن مسعود ١٢/٦،وهو في مسند أبي حنيفة ص٨٩.

والحديث ضعيف .إرواء الغليل ٥/٣١١-٣١٢.

و انظر/ نصب الراية ١٣١/٤،الدراية في تخريج الهداية ١٨٦/٢.

[3] انظر/ الاختيار في تعليل المختار٩٣/٣-٩٤،البناية في شرح الهداية ٧٤١/٨.

[4] أخرجه البخاري من حديث جابر ﷺ في كتاب الشرب والمساقاة ،باب الرجل يكون له ممرٌّ ،أو شِرْب في حائط أو نخل ٥/٦٠-٦١ برقم (٢٣٨١).

ومسلم في كتاب البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة ،وعن المخابرة وبيع الثَّمرة قبل بدو صلاحها ،وعن بيع المعاومة،وهو بيع السنين.١٦٤/١٠،حديث رقم(١٥٣٦).

[5] فقيل: إن اشتقاق المخابرة من معاملة رسول الله ﷺ لأهل خيبر وعليه يكون النهي عن المخابرة نسخ لجواز تلك المعاملة . انظر/ المبسوط ١٠١/٢٣،طلبة الطلبة ص٢٧١ وسيأتي جواب المصنف عن هذا.

وقيل: أنّه مشتق من تسمية العرب الزارع خبيراً ،وقيل مشتقة من الخَبار ،وهي الأرض اللينة ،وقيل :من الخُبرة بضم الخاء وهي النصيب .

،الصحاح ٦٤١/٢،تهذيب الأسماء واللغات ٨٧/٣ ،النهاية في غريب الحديث ٧/٢.شرح النووي لصحيح مسلم ١٦٤/١٠-١٦٥.

-المخابرة عند الحنفية والمزارعة بمعنى واحد :وهي معاقدة دفع الأرض إلى من يزرعها على أن الغلة بينهما على ما شرطا . طلبة الطلبة ص،٢٧١والخلاف فيها عند الحنفية كالخلاف في المساقاة.

ولأنّه استأجر أجيراً ببعض نماء الذي استؤجر له، فوجب أن لا يجوز؛ [1] أصلـه: إذا زارعه وشرط بعض ما يخرج من الزرع. [2]

ولأنّه لو ساقاه في بستان على أن تكون له ثمرة نخيل في بستان آخـــر لم يجـز ، [3] فكذلك هذا.

ولأنّ هذه نوع إجارة؛ بدليل أنّ من شرطها أن / تكون [4] المدّة معلومة ،والإجـــارة إذا كانت الأجرة فيها مجهولة كانت باطلة. [5]

ولأنّ أصول البطيخ والقِثّاء والخيار يحتاج إلى الخدمة والتربية ولا يجـــوز أن يعـــامل عليها ببعض نمائها ،فكذلك هذا. [6]

- وعند الشّافعيّة :هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها ،والبذر من العامل .
- والمزارعة مثلها إلّا أنّ البذر من المالك.وهذا هو الصحيح وعليه الأكثر ،وهو ظاهر نص الشّافعيّ .

وقال بعض الأصحاب :هما بمعنى واحد .

انظر/ شرح النووي لصحيح مسلم ١٠/١٦٤-١٦٥،الروضة ٥/١٦٨،تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٧.

أما حكمهما فالمعروف في المذهب الشّافعيّ إبطالهما ،ولكن النووي وبعض الشّافعيّة كابن سريج وابـــن خزيمة وابن المنذر والخطابي أختاروا جوازهما قال النووي :(وهذا هو الظاهر المختار لحديث خيبر ولا يقبـل دعوى كون المزارعة في خيبر إنما جازت تبعاً للمساقاة بل جازت مستقلة ؛ولأن المعنى المجـــوز للمســـاقاة موجود في المزارعة قياساً على القراض، فإنه جائز بالإجماع ،وهو كالمزارعة في كل شيء؛ ولأن المسلمين في جميع الأمصار والأعصار مستمرون على العمل بالمزارعة، وأما الأحاديث السابقة في النهى عـــن المخـــابرة فسبق الجواب عنها، وأنها محمولة على ما إذا شرطا لكل واحد قطعة معينة من الأرض)شرح صحيح مسلم لنووي ١٠/١٧٩.و انظر الروضة ٥/ ١٦٨-١٦٩.

[1] انظر/ الحجة على أهل المدينة ٤/١٤١،الاختيار لتعليل المختار ٣/٩٤،البناية شرح الهداية ٨/٨٠٣.

[2] المزارعة لا تجوز عند أبي حنيفة كالمساقاة ،وهي جائزة عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن .

انظر/ الحجة على أهل المدينة ٤/١٣٨-١٣٩،المبسوط ٢٣/١٠١،البناية ٨/٧٤١.

[3] وستأتي هذه المسألة ص.٦٨٧

[4] قوله (تكون) بداية ٨/ل/٢٩أ من (ب).

[5] انظر/ البناية في شرح الهداية ٧/٨٠٣،بدائع الصنائع ٥/٢٥٥.

[6] كما سيأتي أن الزرع الذي لا ساق له لا تجوز المساقاة عليه عند الشّافعيّة ص٦٦٠-٦٦١.

ولأنّه لا يجوز أن يستأجر راعياً لغنمه ،بشرط أن يكون لـــــه بعـــض نتاجـــها، [1] فكذلك هذا.

ودليلنا:

ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنَّ النَّبيّ ﷺ **((عامل[أهل]** [2] **خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع)).** [3]

وروي عن عمر رضي الله عنه **أنَّ النَّبيّ ﷺ ((ساقى يهود خيبر على تلك الأمـوال على الشطر، وشرط عليهم أنا إذا شئنا أخرجناكم)).** [4]

وروى ابن عباس رضي الله عنه أنَّ النَّبيّ ﷺ ((دفع إلى أهل خيبر أرضها ونخلـــها مقاسمة على النِّصف)). [5]

---

[1] انظر/ الاختيار في تعليل المختار ٣/٩٤.

[2] [أهل] زيادة من ب.

[3] أخرجه البخاري في كتاب الحرث، والمزارعة ،باب المزارعة بالشطر ونحوه ٥/١٧.برقم (٢٣٢٨).
ومسلم في كتاب المساقاة ،باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ١٠/١٧٧.برقم (١٥٥١)

[4] أخرجه بهذا اللفظ البيهقي في السنن الكبرى في كتاب المساقاة ،باب المعاملة على النَّخل بشطر ما يخرج منها ،أو ما تشارطا عليه بجزء معلوم ٦/١١٤.
-وهو في الصحيحين بنحوه من حديث ابن عمر عن أبيه بلفظ ((أن عمر بن الخطاب رضـــي الله عنـــهما أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين وأراد إخراج اليهود منها فسألت اليهود رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقرهم بها أن يكفوا عملها ولهم نصف الثمر فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم نقركم بها على ذلك ما شئنا فقروا بها حتى أجلاهم عمـــر إلى تيماء وأريحاء)). فأخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة ،باب إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله و لم يذكر أجلاً معلوما فهما على ما تراضيا .٥/٢٦ حديث رقم (٢٣٣٨).
ومسلم في كتاب المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع . ١٠/١٨٠ برقم (١٥٥١).

[5] أخرجه ابن ماجة في السنن من طريق إسماعيل بن توبة ثنا هشيم عن بن أبي ليلى عن الحكم بن عتبة عـــن مقسم عن بن عباس في كتاب الرهون ،باب معاملة النخيل والكرم ٢/٨٢٤،برقم (٢٤٦٨).
الإمام أحمد في مسنده ١/٢٥٠،برقم (٢٢٥٥).
وأبو يعلى في مسنده ٤/٢٣٠)برقم (٢٣٤١)

٦/ل/١٣٩أ

فإن قيل: ما رويتم يقتضي جواز المساقاة والمزارعة معاً/وعندكم لاتصحُّ المزارعة. [١]

فالجواب من وجهين:

أحدهما: أنّ المزارعة عندنا تجوز ، وهي في البياض الذي في تضاعيف النَّخل[٢].

والثّاني: أنّ الخبر يتناول الأمرين فقام الدليل على بطلان أحدهما ،وبقي الآخر على مقتضى الخبر في الصحة. [٣]

فإن قيل: فإنّ المدَّة في تلك المساقاة [٤] كانت مطلقة ، [٥] وعندكم من شرط صحَّتها أن تكون المدَّة معلومة. [٦]

فالجواب: أنّ الخبر وإن كان روي مطلقاً، ولم ينقل أنّ المدَّة كانت معلومة، فالذي يجب أن يحمل المخبر عليه أنّها كانت معلومة ؛ لأنّ المسلمين أجمعوا على أنّ المساقاة

والدارقطني في سننه من طرق عن هشيم به ، ٣/٣٨-٣٩،برقم (١٤٩)و(١٥٥).

وأخرجه أبو يوسف في الخراج ص١١٤،برقم (١١٥) عن ابن أبي ليلى به

وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٢٤٦،من طريق حجاج بن أرطاه عن الحكم به .

قال في مصباح الزجاجة : (هذا إسناد ضعيف الحكم بن عتيبة لم يسمع من مقسم إلا أربعة أحاديث وابن أبي ليلى هذا هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ضعيف وله شاهد من حديث ابن عمر رواه الشيخان).٣/٧٩.

قال ابن حجر في التقريب : (محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي القاضي أبو عبد الرحمن صدوق سيئ الحفظ جداً)ص٤٩٣.

و انظر /التحقيق في أحاديث الخلاف ٢/٢٢٢،وتنقيح التحقيق رسالة ماجستير ص٩١٦.

[١] الجوهر النقي مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي ٦/١١٥.

[٢] كما سيأتي ص٦٦٥.

[٣] انظر/ الأم ٤/١٥،الحاوي ٧/٣٥٩،الاصطلام ٤/١٨٨.

[٤] المساقاة :ساقطة من ب.

[٥] أي في مساقاة النّبيّ ﷺ أهل خيبر .

[٦] انظر/ بدائع الصنائع ٥/٢٥٥.

-وكما تقدم أن من شرط صحة المساقاة عند الشّافعيّة كون المدَّة معلومة ص٦٤١.

بالمدَّة المجهولة غير جائزة [1] ، وقد ثبت أنّ رسول الله ﷺ ساقى أهل خيبر [2] ،وعلى أنّه يجوز أن تكون المساقاة كانت جائزة في ذلك الوقت بمدَّة مطلقة، ثُمَّ نسخ [3] بعد ، وأكثر ما فيه أنّه نقل في الخبر ما لا يصح بإجماعنا فخرج بالدليل ،وبقي الباقي على مقتضى الخبر. [4]

فإن قيل: لو كانت المدَّة معلومة لنقل ذلك كما نقل نفس العقد.

قلنا: يجوز أن يترك نقل ذلك ؛ لأنّ الراوي إنّما قصد نقل نفس العقد، دون شرائطه [5] كما نقل [أنّ] [6] ((النَّبيّ ﷺ تزوج ميمونة رضي الله عنها [7] /وهو حلال[1])). [2]

---

[1] وفي نقل الإجماع نظر إذ أنّ الظاهرية ،وأهل الحديث يجيزون المساقاة على المدَّة المجهولة ،وهو اختيار ابن المنذر. الإقناع لابن المنذر ٢/٥٧٦.

-والبخاري كما يدل تبويبه في الصحيح قال: (باب إذا قال رب الأرض أُقرك ما أقرك الله _ و لم يذكر أجلاً معلوماً _ فهما على تراضيهم . صحيح البخاري مع فتح الباري ٥/٢٦.

[2] كما تقدم ص٦٤٦.

[3] النسخ :رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متراخ عنه.

انظر/ شرح الكوكب المنير ٣/٥٢٥-٥٢٦،البلبل للطوفي ص٧٢.

[4] وبنحوه في الحاوي ٧/٣٥٨.

[5] انظر/ الحاوي ٧/٣٥٨،فتح الباري ٥/٣٨٦.

[6] [أنّ] ساقطة من أ.

[7] ميمونة:هي أم المؤمنين بنت الحارث بن حزن بن بجير بن الهزم بن روبية بن عبد الله بن هلال بن عامر بن صعصعة الهلالية ،زوج النبي صلى الله عليه وسلم وأخت أم الفضل زوجة العباس ،وخالة خالد بن الوليد وخالة ابن عباس ، تزوجها أولاً مسعود بن عمرو الثقفي قبيل الإسلام ففارقها ،وتزوجها أبو رهم بن عبد العزى فمات، فتزوج بها النبي صلى الله عليه وسلم في وقت فراغه من عمرة القضاء سنة سبع في ذي القعدة وبنى بها بسرف ،روي لها سبعة أحاديث في الصحيحين وانفرد لها البخاري بحديث ومسلم بخمسة وجميع ما

((وأعتق صفية رضي الله عنها [٣] وتزوج بها)) [٤] فنقل نفس العقد دون شرائطه المعتبرة فيه.

فإن قيل: فقد رويتم أنّه شرط عليهم أنّه إذا شاء أخرجهم،[٥] وهذا الشرط لا يصحُّ عندكم في المساقاة. [٦]

روت ثلاثة عشر حديثاً، حدث عنها ابن عباس ،وابن أختها الآخر عبد الله بن شداد بن الهاد وعبيد بن السباق . توفيت سنة إحدى وخمسين رضي الله عنها.

انظر/ سير أعلام النبلاء ٢/٢٣٨.

[١]قوله (وهو حلال) بداية ٨/ل/٢٩ب من (ب)

[٢] أخرجه مسلم في كتاب النكاح باب تحريم نكاح المحرم ،وكراهية خطبته ١٦٧/٩.برقم (١٤١٠).

من حديث ميمونة بنت الحارث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال .

وأخرج البخاري في كتاب المغازي باب عمرة القضاء ٥٨١/٧.برقم(٤٢٥٨). ومسلم في كتاب النكاح باب تحريم نكاح المحرم ،وكراهية خطبته ١٦٧/٩.برقم (١٤١٠). عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم.

-والراجح من أقوال أهل العلم أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال .

انظر/ نيل الأوطار ١٩/٥.

[٣]صفية أم المؤمنين بنت حيي بن أخطب بن سعية ،تزوجها قبل إسلامها سلام بن أبي الحقيق ثم خلف عليها كنانة بن أبي الحقيق وكانا من شعراء اليهود فقتل كنانة يوم خيبر عنها وسبيت،ثم إن النبي صلى الله عليه وسلم لما طهرت تزوجها وجعل عتقها صداقها ، ورد لها من الحديث عشرة أحاديث منها واحد متفق عليه، حدث عنها علي بن الحسين وإسحاق بن عبد الله بن الحارث وكنانة مولاها وآخرون،توفيت سنة ست وثلاثين ،وقيل توفيت سنة خمسين.

انظر/ سير أعلام النبلاء ٢/٢٣.

[٤] متفق عليه من حديث أنس ﷺ فأخرجه البخاري في كتاب النكاح باب من جعل عتق الأمة صداقها ٣٢/٩.برقم (٥٠٨٦).

ومسلم في كتاب النكاح باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها ٩ /١٨٨.برقم (١٣٦٥).

[٥] كما تقدم ص٦٤٥.

[٦] إذ أن من شروط المساقاة عند الشّافعيّة أن تكون المدَّة معلومة كما تقدم ص٦٤٢.

قلنا: إنّما جاز ذلك الشرط في زمن رسول الله ﷺ ؛ لأنّ النسخ كان يجوز في ذلك الوقت، وكان الوحي ينـزل عليه بالأحكام وقتاً فوقتاً ، وأمَّا في زماننا فقد استقرَّت، وانقطع النسخ؛ فلذلك لم يجز. [1]

فإن قيل: لم تكن مساقاة ؛ لأنه ﷺ [2] فتح خيبر عنوة، [3] [4] واسترقّ أهلها ،فكانوا عبيداً للمسلمين يعملون في أراضيهم، وما شرط لهم فإنّما هو طُعْمَة [5] جعلت لهم لا أنّه أجرة لهم على عملهم. [6]

فالجواب: أنّ هذا غلط ؛ لأنّه، روي أنّ عمر رضي الله عنه أجلاهم، [7] [1] فلو كانوا رقيقاً للمسلمين لم يُجْلِهم.

---

(1) انظر/ الحاوي ٣٥٨/٧.

(2) في ب (لأن رسول ﷺ).

(3) عنوة :أي قهراً على وَجهِ عناء أهلها.انظر/ طلبة الطلبة ص١٥٣.

(4) اختلف العلماء في فتح خيبر هل كان عنوة أو صلحاً ؟.

فذهب قوم إلى أن فتحها كان عنوة ،و استدلوا بما رواه أنس ﷺ أنّ رسول الله ﷺ غزا خيبر فأصبناها عنوة .رواه البخاري في كتاب الصلاة باب ما يذكر في الفخذ .٥٧٢/١ برقم (٣٧١) .

وذهب قوم إلى أنّ خيبر كانت حصوناً كثيرة فمنها ما أخذ عنوة ،ومنها ما صالح عليه أهلها ،ومنها ما أسلمه أهلها إليه .وهو الصحيح .

قال ابن عبد البر: (أجمع العلماء من أهل الفقه والأثر وجماعة أهل السير على أن خيبر كان بعضها عنوة وبعضها صلحاً وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسمها فما كان منها صلحاً أو أخذ بغير قتال كالذي جلا عنه أهله عمل في ذلك كله بسنة الفيء وما كان منها عنوة عمل فيه بسنة الغنائم...)التمهيد ٤٤٥/٦-٤٤٦.و انظر/ الاستذكار ١٩٧/٢١-١٩٨،شرح النووي لصحيح مسلم ١٧٧/١٠،فتح الباري٢٧/٥.

(5) الطُّعمة بالضم : شِبه الرِّزْق , يُرِيدُ به ما كان له من الفيءِ وغيره ، وجمعُها طُعَم ،ومنه حديث ميراث الجدّ " إن السُّدُس الآخرَ طُعْمَة " أي أنه زيادةٌ على حَقّه.

انظر/ النهاية في غريب الحديث ١٢٦/٣.

(6) انظر/ البناية في شرح الهداية ٧٠٣/٨-٧٠٤،بدائع الصنائع ٢٥٥/٥.

(7) جلا : جَلا القومُ عن أوطانهم يَجْلُون و أَجْلَوْا إِذا خرجوا من بلد إِلى بلد ويقال: أَجْلاهم السلطان فأَجْلَوْا أَي أَخرجهم فخرجوا. و الجَلاءُ: الخروج عن البلد.

انظر/ لسان العرب ١٤٩/١٤.

ولأنّه روي أنّه صلوات الله عليه وسلامه ((بعث إليهم عبد الله بن روا
عنه،ليخرصها عليهم فخرصها خمسة وأربعين ألف وسق، [2] فقالوا:
يا ابن رواحة فقال: ((بغضي لكم لا يحملني أن أحيف عليكم [3] ، ف
فلكم وضمنتم حصَّة المسلمين ، وإن شئتم فلي وضمنت لكم حصَّتكم
قامت السماوات والأرضون، فأضاف /حصته عليهم [4])). [5] وال
لا يملك. [6]

---

[1] وهو متفق عليه عن ابن عمر .
فأخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة ،باب إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله
معلوماً فهما على ما تراضيا .٢٦/٥حديث رقم (٢٣٣٨).
ومسلم في كتاب المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع . ١٨٠/١٠ برقم (
[2] في مصادر التخريج عشرين ألف وسق .
-والوَسْقُ و الوِسْقُ: مكيْلَة معلومة، وقــيل: هو حمل بعير وهو ستُّون صاعاً بصاع النبيّ ﷺ
أرطال وثلث، فالوسْقُ علــى هذا الــحساب مائة وستون مَناً؛ قال الزجاج: خمسة أوسق
قَفِــيزاً، قال: وهو قَفِــيزُنا الذي يسمى الــمعدّل، وكل وَسْق بالــمُلَــجَّم ثلاثة أقْفِزَة.
صاعاً أربعة وعشرون مَكُّوكاً بالــمُلَــجَّم وذلك ثلاثة أقْفِزَة.
فمقدار الوسق يساوي ٦٠ صاعاً،والصاع يساوي ٢١٧٥جراماً فيكون مقدار الوسق بالجر
٢١٧٥في ٦٠=١٣٠٥٠٠جراماً؛أي ١٣٠ كيلوا جرام و٥٠٠جرام .
انظر/ لسان العرب ٣٧٨/١٠،المقادير الشرعية والأحكام المتعلقة بها ص١٨٠-١٨١،بحث
والمكاييل الشرعية إلى المقادير المعاصرة ص١٨٤,
[3] في ب (بغضي لكم يحملني أن لا أحيف عليكم).
[4] في ب (إليهم)
[5] أخرجه الأمام أحمد في مسنده ٣٦٧/٣ .برقم (١٤٩٩٦).
والبيهقي في السنن الكبرى ١٢٣/٤،والدارقطني في سننه ١٣٣/٢,حديث رقم (٢٣).
والطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٨/٢،والهيثمي في مجمع الزوائد .قال: (ورجالــه رجـ
١٢٠/٤-١٢١.
[6] انظر/ مغني المحتاج ١٦٥/٢.

فالجواب: أنَّ الصحابة رضي الله عنهم كانوا يجمعون على الأحكام ،وينقلون الأخبار التي وردت فيها رغبة في الثواب، بنقل أحاديث رسول الله حتى [1] يتميزوا بمعرفتها ونقلها عمن لا يعرفها ؛ألا ترى أنّهم أجمعوا على وجوب الطهارة ؟ونقلوا الأخبار التي وردت فيها ،مثل قوله عليه السلام: ((**لا صلاة إلا بطهور**)) [2]وغير ذلك ،وكذلك الصلاة، وغيرها من العبادات ،والمعاملات، فلو كان القراض قد وردت فيه سنة لما رغبوا عن نقلها ؛ لأنّهم أجمعوا على جوازه، فدلَّ على أنّه قياس على المساقاة . [3] والله أعلم.

فأمّا الجواب على [4] نهي رسول الله ﷺ عن الغرر فهو:

أنّه إنّما روي أنّه ((**نهى عن بيع الغرر**)) [5] وهذا [6] ليس ببيع.

ثُمَّ إن صحَّ لم تكن فيه حجَّة ؛ لأنّ الغرر ما تردَّد بين جائزين ، وليس أحدهما بأغلب من الآخر ،وعقد المساقاة ليس بغرر ؛ لأنّه معاملة على النخيل بشرط أن يكون له بعض نمائها، والعادة أنّها/ تثمر في كلِّ سنة ولا يكاد يخلف ، وإن أخلفت كان ذلك نادراً ،فأجرينا العادة الغالبة في الأصول مجرى المتيقن ،وثبت بهذا أنَّ الخبر لم يتناول عقد المساقاة. [7]

وأمّا الجواب عن الخبر[8] الآخر [9] فمن وجهين:

---

[1] في ب (وحتى).

[2] ذكره بهذا الفظ بن عبد البر في التمهيد ٢١٥/٨ ،بدون إسناد.

وأخرجه مسلم عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في كتاب الطهارة ،باب وجوب الطهارة للصلاة بلفظ (لا تقبل صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول))٣/٨٧-٨٨.برقم (٢١٢).

[3] انظر/ الحاوي ٣٥٩/٧.

[4] في ب(عن).

[5] وهو في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة كما تقدم ص٦٤٤.

[6] أي عقد المساقاة.

[7] انظر/ الحاوي ٣٥٩/٧.

[8] قوله (عن الخبر)بداية ٨/ل/٣٠ب من (ب).

[9] وهو قوله ﷺ (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره)المتقدم ص٦٤٤.

أحدهما: أنّ هذا العقد ليس بإجارة ،والمساقي ليس بأجير ،وإذا لم يكن العامل أجيراً لم يكن العقد إجارة ،فثبت أنّ الخبر لم يتناول هذا الموضع.

والثّاني: أنّا إن سلّمنا أنّه يتناوله فلا حجّة فيه أيضاً ؛ لأنّه يقتضي أن يكون الأجرة معلومة، فإذا [1] شرط له النِّصف أو الثُّلث كان ذلك أجرة معلومة ،ألا ترى أنّه إذا باع منه نصف الصُّبْرَة [2] أو ثلثها كان جائزاً ؟ وإنّما تكون الأجرة مجهولة إذا شرط له بعضاً مطلقاً ،ونحن لا نجوِّز عقد المساقاة على ذلك. [3]

وأمّا الجواب عن احتجاجهم بخبر المخابرة :[4] فهو أنّ المخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها. [5]

وقولهم: إنّه مشتق من معاملة خيبر غلط ؛ لأنّه مشتق من الخَبَار وهو الأرض اللَّيِّنة والخبير الأكّار [6] فسمي ذلك مخابرة ؛ لأنّها معاملة مع الأكره في الأرض. [7]

وأمّا الجواب عن قياسهم على المزارعة :فهو أنّ المعنى في الأصل [8] أنّ الأرض يجوز إجارتها ،فلم تجز المعاملة فيها [9] ببعض ما يخرج من نمائها ،وليس كذلك في

---

[1] في ب(وإذا).

[2] و الصُّبْرَة: ما جُمِع من الطعام بلا كَيْل ولا وَزْن بعضه فوق بعض ،و الصُّبرة واحدة صُبَرِ الطعام. يقال: اشتريت الشيء صُبْرَةً أي بلا وزن ولا كيل.

انظر/ لسان العرب ٤/٤٤١.

[3] وقد تقدم ص٦٤٢.

[4] المتقدم ص٦٤٤.

[5] وقد تقدم تعريف المخابرة، وبيان حكمها ص٦٤٤.

[6] الأكّار: الحرّاثُ والزّرّاعُ وهو من الأُكْرَة، بالضم: وهي الحُفْرَةُ في الأرض يجتمع فيها الماء فَيُغْرَفُ صافياً. و أَكَرَ يَأْكُرُ أَكْراً، و تَأَكَّرَ أُكَراً: حَفَرَ أُكَرَةً ،واحِدَتُها أُكْرَةٌ.. و المُؤَاكَرَةُ: المخابرة. انظر/ لسان العرب ٤/٢٦،المصباح المنير ص٦-٧.

[7] كما تقدم ص ٦٤٤.

[8] في ب (المزارعة)

[9] في ب (عليها)

مسألتنا ؛ لأنّ النخيل لا يجوز إجارتها فدعت الضَّرورة إلى جواز ذلك العقد عليها ببعض ما يخرج من ثمرها؛[1]كما جوَّزنا القراض على هذا الوجه.[2]

وأمَّا الجواب عن قولهم: إنّه لا يجوز أن يساقيه على نخيل بستان[ببعض ثمرة بستان] [3] آخر فهو: أنّه لا يمتنع أن تجوز المساقاة في نخيل ببعض ثمرها،[4]ولا يجوز ببعض ثمرة غيرها،[5]كما يجوز القراض في دراهم ببعض ما يحصل من ربحها، ولا يجوز ببعض ما يحصل من ربح دراهم غيرها.

وأمَّا الجواب عن قولهم : إنّه عند من شرطه أن تكون المدَّة فيه معلومة كالإجارة . فهو: أنّ عقد المساقاة عقد لازم،[6]وإنّما قلنا: إنّه لازم ؛ لأنّا لو جعلناه غير لازم كان في ذلك ضرر على العامل ؛ لأنّه ربَّما رجع ربُّ النخيل في العقد ،بفسخه [7] إذا قرب إدراك الثّمرة ؛لكي يُسْقِط حصَّة العامل منها، فشرطنا لزومه كذلك .[8]

و لم يجز أن يجعله مطلقاً ؛ لأنّ العقد إذا كان لازماً ، /وأطلقت [9]المدَّة فيه اقتضى أن يكون على التأبيد ،و[هذا] [10] لا يجوز أن يثبت للعامل في النخيل حقّاً لازماً على التأبيد من غير عوض يبذله ، وهذا المعنى الذي أوجب أن يكون لازماً ،وأن تكون

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٣٦٠.

[2] كما تقدم في كتاب القراض ص٤٩٦.

[3] [ببعض ثمرة بستان] ساقط من أ.

[4] في ب (ما يحصل من ربحها)

[5] كما سيأتي ص٦٨٧.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٣٦٠،البيان ٧/١٥٤.

[7] في ب (ففسخه)

[8] انظر/ الحاوي ٧/٣٦٠.

[9] قوله (وأطلقت)بداية ٨/ل/٣١أ من (ب)

[10] [هذا] زيادة من ب.

٦/ل/٤٠ب

المدَّة/ معلومة ، [١] ولا يوجب أن لا يجوز ببعض ما يخرج من نماء النخيل ،فلم يجز أن يستدلّ بتقدير المدَّة على إبطال الشرط.

ثمَّ المعنى في الإجارة أنّها لا تعقد بشرط أن يكون للأجير بعض نماء الأرض التي يستأجر فيها ، وليس كذلك في مسألتنا ،فإنّه عقد بشرط أن يكون للعامل بعض نماء الأصل الذي يعمل فيه، لأجل الحاجة الداعية إلى ذلك؛[٢]فلهذا جاز.

وأمَّا الجواب عن قولهم: إنّ هذه المعاملة لا تجوز في أصول البطيخ والقثاء والمواشي فكذلك في النخيل فهو: أنّ المعنى في الأصول التي ذكروها أنّها تنمّي ويزكو نماؤها من غير أن يباشر بالعمل في أعيانها ، وليس كذلك في مسألتنا، فإنّ النخيل لا تزكو ثمرها حتى يعمل في أعيانها بالتلقيح والستح وغيرهما من مصالحها ؛ فلهذا جاز العقد عليها على هذا الوجه.

---

[١] انظر/ الحاوي ٧/ ٣٦٠.

[٢] انظر/ البيان ٧/ ٢٥٤.

فصل

تجوز عندنا المساقاة [1] على الكَرْم ،[2] وبه قال [جميع] [3] من أجاز المساقاة على النخيل، [4] غير داود [5]فإنّه قال: لا يجوز المساقاة إلا على النخيل. [6]

واحتجّ بأنّ السنّة إنّما وردت في النخيل،[7]فكان الحكم مقصوراً عليها. [8]

ودليلنا:

أنّ الكَرْم شجرة تجب الزكاة في ثمرها فجاز عقد المساقاة عليها ،كالنخل. [9]

ولأنّ الكَرْم والنخل يجريان مجرى واحد ؛ لأنّ ثمرهما تقشر وهي ظاهرة، لا يَجْتَنُّ [10] تحت أوراقها، فلمّا جازت المساقاة في النّخل ،فكذلك في الكَرْم. [11]

---

[1] في ب (يجوز عقد المساقاة).

[2] الكَرْم : هو العنب . قال النووي وقد ثبت عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم النهي عن تسمية العنب كَرْماً، وكان ينبغي للمصنف ألا يذكر لفظة الكَرْم ،بل يقول العنب ،كما قاله الشّافعيّ في المختصر فقال: فإن ساقاه على النخيل والعنب جاز) تحرير ألفاظ التنبيه ٢١٦. وانظر/ القاموس المحيط ص١٠٤٠،المصباح المنير ص٢٠٣،معجم المناهي اللفظية ص٤٥١-٤٥٢.

[3] [جميع] زيادة من ب.

[4] انظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٧/بدائع الصنائع ٢٦٩/٥-٢٧٠، الأم ١٢/٤،الإقناع لابن المنذر ٥٧٤/٢،القوانين الفقهية ص١٨٤،التمهيد لابن عبد البر ٤٨٤/٦، المغني ٥٣٠/٧الإنصاف ٣٤٤/٥.

[5] تقدمت ترجمته ص٦٤٣.

[6] انظر/ الحاوي ٣٦٣/٧،البيان ١٥٢/٧،المغني ٥٣٠/٧،فتح الباري ١٧/٥،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٧٥/٢.

[7] وهو ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ ((دفع إلى أهل خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النّصف))المتقدم ص٦٤٥.

[8] انظر/ المغني ٥٣٠/٧،وبنحوه في المحلى ٢٣١/٨.

[9] انظر/ الحاوي ٣٦٣/٧،المهذب ٢٢٧/٢،البيان ٢٥٣/٧

[10] جَنَّ الشيءَ يَجُنُّه جَنّاً: سَتَره. وكلُّ شيء سُتر عنك فقد جُنَّ عنك.لسان العرب ٩٢/١٣.
-فمعنى قول المصنف (لا يَجْتَنُّ تحت أوراقها)أي لا يُستتر.

[11] انظر/ مختصر المزني ص١٣٤ الحاوي ٣٦٣/٧.

فأمَّا الجواب عمَّا ذكره فهو أن نقول: قد أجمعنا على أنّ المساقاة تجوز بالثُّلث والرُّبُـع والسنَّة إنَّما وردت في النِّصف.

فإن قيل: إنَّما جوَّزنا ذلك ؛ لأنّ الأمَّة أجمعت على التسوية بين النِّصف والثّلث.

قلنا: والأمَّة أيضاً أجمعت على التسوية بين النخيل والكَرْم في عقد المســـاقاة ،فمـــن منعها في أحدهما منعـــــها في الآخـــر ،[1] ومـــن جوَّزهـــا في أحدهمـــا جوَّزهـــا في/ الآخر[2] [3] فإذا ثبت بالسنة جواز المساقاة على النخيل ثبت بالإجماع جوازهـا على الكَرْم. [4]

---

[1] وهو أبو حنيفة وزفر كما تقدم ص ٦٤٣.

[2] قوله (الآخر)بداية ٨/ل/٣١ب من (ب)

[3] وهم بقية من أجاز المساقاة.

[4] وفي الاستدلال بالإجماع نظر .

[٩٩] مســألــة

قال رحمه الله : ((وَلا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إلا فِي النَّخل والْكَرْمِ)) (١)

وهذا كما قال.(٢)

قد ذكرنا أنّ عقد المساقاة يجوز في النَّخل والكَرْم. (٣)

فأمَّا ما عداهما من الشجر المثمرة (٤) مثل: التفاح والكُمَّثْرَى (٥) والرُّمَّان ، وما أشبه ذلك فهل يجوز عقد المساقاة عليها أم لا؟

فيه قولان:

قال في القديم: يجوز. (٦)

وقال في الجديد: لا يجوز. (٧)

فإذا قلنا: إنّه يجوز فالدليل عليه

---

(١) ونص ما في المختصر المطبوع (فالمساقاة جائزة بما وصفت في النَّخل والكرم دون غيرهما ؛لأنه عليه الصلاة والسلام أخذ صدقة ثمرتهما بالخرص وثمرهما مجتمع بائن من شجره لا حائل دونه يمنع إحاطة الناظر إليه، وثمر غيرهما متفرق بين أضعاف ورق لا يحاط بالنظر إليه فلا نجوز المساقاة إلا على النَّخل والكرم)ص١٣٤.

(٢) من قوله (وهذا كما قال ...إلى قوله ...في النخل والكرم) ساقط من ب.

(٣) كما تقدم في الفصل السابق ص٦٥٨.

(٤) وسيفصل المصنف رحمه الله القول في الشجر الذي لاساق له ، والشجر الذي له ساق وهو مثمر ص٦٦١-٦٦٢.

(٥) الكُمَّثْرى :بفتح الميم مُثقلة ،عند الأكثر ،وقال بعضهم لا يجوز إلا التخفيف وهو نوع من الفواكه الواحدة (كُمَّثْراة)وهو اسم جنس ينون كما تنون أسماء الأجناس . المصباح المنير ص٢٠٦.

وانظر/ مختار الصحاح ص٥٧٨.

(٦) انظر/ الحاوي ٣٦٤/٧،المهذب ٢٣٧/٢،البيان ٢٥٣/٧، الروضة ١٥٠/٥.

(٧) انظر/ الأم ١٢/٤،الإقناع لابن المنذر ٥٧٦/٢،الحاوي ٣٦٤/٧،المهذب ٢٣٧/٢،البيان ٢٥٣/٧،حلية العلماء٣٦٥/٥،الروضة ١٥٠/٥.

٦/ل١٤١أ

ما روي أنّ النّبيّ ﷺ ((عامل أهل خيبر بنصف/ ما يخرج من زرع أو شجر)). [١] [٢]

ولأنّها شجرة لها ثمرة فجاز عقد المساقاة عليها كالنخلة. [٣]

وإذا قلنا: لا يجوز فالدليل عليه:

أنّها شجرة لا تجب الزكاة في ثمرها، [٤] فلم تجز المساقاة عليها، [٥] كالباذنجان والقثّاء.

والجواب عن الخبر هو:أنّه غير معروف. [٦]

ثُمَّ إن ثبت كان إطلاق الشجر راجعاً إلى النَّخل ،والكَرْم. [٧]

وأمّا الجواب عن القياس فهو: أنّ المعنى في النَّخل أنّها تجب الزَّكاة في ثمرها ، وليس كذلك هذه الأشجار ،فإنّ الزَّكاة لا تجب في ثمرها، فلم يجز عقد المساقاة عليها. [٨]

إذا ثبت هذا :فالأشجار على **ثلاثة أضرب:**

ضرب تجوز المساقاة عليها قولاً واحداً، وهو النَّخل والكَرْم. [٩]

---

[١] أخرجه الدارقطني قال حدثنا ابن صاعد نا يوسف بن موسى القطان وشعيب بن أيوب قالا نا ابن نمير عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النّخل والزرع وقال يوسف من النَّخل والشجر قال بن صاعد وهم في ذكر الشجر و لم يقله غيره) سنن الدارقطني ٣٧/٣ برقم (١٥٣).و انظر/ تلخيص الحبير ٥٩/٣.

[٢] ووجه الاستدلال من الحديث ،أنّ الشجر اسم لكل شجرة مثمرة .البيان ٢٥٣/٧.

[٣] انظر/ الحاوي ٣٦٤/٧،المهذب ٢٣٧/٢،البيان ٢٥٣/٧.

[٤] في ب (ثمرها).

[٥] انظر/ مختصر المزني ص١٣٤،الحاوي ٣٦٤/٧،المهذب ٢٣٧/٢،التهذيب ص١٣٠،البيان ٢٥٣،٧

[٦] كما تقدم في التعليق رقم (١)

[٧] لأنّه هو الشجر الذي كان بخيبر.

انظر/ البيان ٢٥٣/٧.

[٨] قال في المغني: (ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوّزة للمساقاة ،ولا أثر له فيها ،وإنّما العلة ما ذكرناه) وما ذكره هو الحاجة الداعية للمساقاة ٥٣١/٧.و انظر/ المحلى٢٣١/٨.

[٩] كما تقدم ص٦٥٨.

وضرب [1] لا تجوز المساقاة عليها قولاً واحداً ،وهو ما لا ثمر له كـــالخِلاف، [2] والتوت الذّكر [3]ونحوهما، وكذلك أصول الباذنجان، والبطيخ ،والقثاء ؛لأنّ أصولهمـا غير ثابتة ، وإن كانت تثمر. [4]

والضرب الثّالث : فيه قولان ،وهو الأشجار التي لها ثمـــرة ، مـا عـدا النّخـل والكَرْم. [5]

وحكي عن أبي العباس بن سريج [6] أنّه قال: تجوز المساقاة على المُقْل [7] قـولاً واحداً؛[8]لأنّها تثمر كالنخيل ،وهذا المنصوص .

والصحيح أنّه على قولين. [9]

---

[1]وهو الضرب الثاني .

[2]و الـخِلافُ: الصَّفْصَافُ، ونصوا على تخفيف اللام وروي بتشديدها والواحدة خِلفة. ،وهـو شـجر يستخرج منه ماء طيب وهو بأرض العرب كثـير، ويسمى السَّوْجَرَ وهو شجر عِظام، وأصنافُه كثـيرة وكلها خَوّارٌ خَفـيفٌ.

انظر/ لسان العرب ٩/٩٨،النظم المستعذب ٢/٣٣٧.

[3]وهو الذي ثمرته الورق ؛لأنها كالزرع .انظر/ البيان ٧/٢٥٣.

[4]انظر/ الحاوي ٧/٣٦٢،المهذب ٢/٢٢٧، التهذيب ص ١٢٩-١٣٠البيـان ٧/٢٥٣،الوجـيز ١/٢٢٦ ،الروضة ٥/١٥٠،مغني المحتاج ٢/٣٢٣.

[5]كما تقدم ص٦٦٠.

[6] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[7] المُقْل :بضم الميم وإسكان القاف ثمر شجر الدَّوْم .

انظر/ القاموس المحيط ص١٣٢،مختار الصحاح ص٦٢٩.

[8] انظر/ التهذيب ص١٣٢ ،فتح العزيز ٦/٥٢،الروضة ٥/١٥٠

[9] قال النووي (والأصح المنع)الروضة ٥/١٥٠.

[١٠٠] مسـألـة

قال رحمه الله : ((وَتَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ سِنِينَ)). [١]

وهذا كما قال.

عقد المساقاة لازم ،ومن شرطه أن تكون المدَّة مقدَّرة ؛ [٢] لأنَّ إطلاقها يقتضي ثبوت الحق للعامل في النخيل على التأبيد فيصير شريكاً في أصولها ،ولا يجوز أن يثبت الاشتراك فيها [بين] [٣] ربِّ النخيل/ وبين [٤] العامل من غير أن يكون العامل قد وزن في مقابلة حقه شيئاً. [٥]

إذا ثبت هذا فقد ذكر الشَّافعيّ رحمه الله أنّها تجوز سنين [٦] والحكم في ذلك كالحكم في مدة الإجارة ،وقد ذكر الشَّافعيّ رحمه الله في [مدَّة] [٧] الإجارة [٨] أنّها لا تجوز [إلا] [٩] على طريق التجديد. [١٠]

ومنهم من قال: إنَّ ذلك على حسب ما يغلب على الظن من بقاء الشيء المستأجر

فحصل في الجملة ثلاثة أقاويل:

أحدها: لا تجوز إلا سنة. [١١]

---

[١] انظر/ مختصر المزني ص١٣٤-١٣٥.

[٢] انظر/ الحاوي ٣٦٤/٧ ، التنبيه ص١٢١، المهذب ٢٣٧/٢، الوجيز ٢٢٦/١ ،البيان ٢٥٤/٧، الروضة ١٥٠/٥.

[٣] [بين] ساقطة من أ.

[٤] قوله (بين)بداية ٨/ل/٣٢ أ من ب .

[٥] انظر/ المهذب ٢٣٧/٢،البيان ٢٥٤/٧.

[٦] وقد ذكره في المختصر ص١٣٤.

[٧] [مدة] زيادة من ب.

[٨] كما سيأتي في كتاب الإجارة ص٧٧٤

[٩] لعل [إلا]ساقطة كما يدل عليه السياق.

[١٠] أي لا تجوز أكثر من سنة إلا بتجديد العقد ،وهو الوجه الأول .

انظر/ الحاوي ٣٦٤/٧،البيان ٢٥٦/٧،انظر/ حلية العلماء ٣٦٩/٥.

[١١] انظر/ الحاوي ٣٦٤/٧، المهذب ٢٣٨/٢،البيان ٢٥٦/٧، حلية العلماء ٣٦٩/٥،الروضة ١٦٩/٥.

والثاني: تجوز ثلاثين سنة.[1]

والثالث: أنّها تجوز مدة يغلب على الظن بقاء المستأجر إليها ، وإن بلغت مائة سنة وأكثر[2] .

وحكم المساقاة مبنيٌّ على حكم الإجارة.[3] والله أعلم بالصواب.

---

(1) من الشّافعيّة من جعل الثلاثين حداً لأكثر المدّة اعتباراً بظاهر كلامه ؛لأنّها مدة كثيرة ؛ولأنّها نصف العمر ، وذهب سائرهم ،وهو الصحيح إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بحد لأكثر المدّة ولهم فيها تأويلان : أحدهما:أنّه قاله مثالاً ،على وجه التكثير ،والثّاني : أنّه محمول على مالا يبقى أكثر من ثلاثين سنة .الحاوي ٣٦٤/٧،و انظر/ المهذب ٢٣٨/٢،البيان ٢٥٦/٧-٢٥٧،حلية العلماء ٣٦٩/٥-٣٧٠.

(2) وهو المشهور وعليه جمهور الأصحاب .

انظر/ البيان ٢٥٧/٧،الروضة ١٩٦/٥.

(3) وحكم المساقاة حكم الإجارة بلا خلاف بين الشّافعيّة.

انظر/ المهذب ٢٣٨/٢،حلية العلماء ٣٦٩/٥.

[١٠١] مسـألـة

((وَإِذَا سَاقَاهُ عَلَى نَخْلٍ فَكَانَ [١] فِيهِ بَيَاضٌ ، [٢] لا يُوصَلُ إِلَى عَمَلِهِ إلا بِالدُّخُولِ عَلَى النَّخل، وَكَانَ لا يُوصَلُ إِلَى سَقْيِهِ إلا بِشِرْكِ النَّخل فِي الْمَاء ، وَكَانَ [٣] غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ جَازَ أَنْ يُسَاقِي عَلَيْهِ مَعَ النَّخل، لا مُفْرَداً [٤] وَحْدَهُ)) [٥] .

وهذا كما قال.

البياض الذي يكون مع النخيل على ثلاثة أضرب:

ضَرْبٌ :بياض يسير بين تضاعيف النَّخل ، وبياض كثير بين تضاعيف النَّخل ، وبياض منفرد/ عن النَّخل.

٦/ل/١

فأمَّا القسم الأول: فإنّه يجوز أن يساقيه على النخيل، ويزارعه في ذلك البياض. [٦]

والدليل عليه:

ما روى ابن عمر رضي الله عنهما **أنّ النَّبيّ ﷺ ((عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر، أو زرع))**، [٧] ولا يمكن حمل المزارعة المذكورة في الخبر إلا على هذا

---

[١] في المختصر المطبوع (وكان)ص١٣٥.

[٢] البياض :هي الأرض التي لازرع فيها ولا شجر .

انظر/ مغني المحتاج ٣٢٤/٢،السراج الوهاج ص٢٨٤.

[٣] في المختصر المطبوع (فكان)ص١٣٥.

[٤] في المختصر المطبوع (منفرداً)

[٥] مختصر المزني ص ١٣٥،وتمامه فيه(ولولا الخبر فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه دفع إلى أهل خيبر النَّخل على أنَّ لهم النصف من النَّخل والزرع وله النصف ،وكان الزرع كما وصفت بين ظهراني النَّخل لم يجز ذلك، وليس للمساقي في النَّخل أن يزرع البياض إلا بإذن ربه فإن فعل فكمن زرع أرض غيره.)

[٦] انظر/ الأم ١٣/٤،الحاوي ٣٦٥/٧،المهذب ٢٤٢/٢،التهذيب ٢٤٢/٢.

[٧] تقدم تخريجه ص٦٤٥.

الوجه ؛ لأنّا أجمعنا على أنّ البياض إذا كان منفرداً عن النخيل لم يجز المزارعة عليه.[1]

فإن قيل: فقد روي عن النّبيّ ﷺ أنّه ((**نهى عن المخابرة**))[2] وهي المزارعة.[3]

فالجواب: أنّ هذا الخبر عامّ في جميع المواضع، والخبر الذي نقلناه في المساقاة خاصّ في البياض الذي بين تضاعيف النّخل، فقضي بهذا الخبر الخاص على ذلك العامّ.[4]

ولأنّ البياض إذا كان في تضاعيف النّخل دعت الحاجة إلى جواز المزارعة فيه ؛ لأنّه لا يمكن سقي النخيل / إلا بأن[5] يشاركها في الماء ،ويؤدّي ذلك إلى اشتراك الأيدي فيها، فأجيز عقد المزارعة على البياض ،وجعل تابعاً للنخل في ذلك.[6]

فإن قيل: لا حاجة تدعو إلى ذلك ؛ لأنّه يجوز أن يكريه الأرض فيزرعها العامل لنفسه،ويساقيه على النّخل فيكون سقي الجميع إلى العامل.

فالجواب: أنّ عقد الإجارة على هذا البياض غير مقصود في نفسه ، وفيه غرر ؛ لأنّه لا يدري أيحصل له في تلك الأرض غلة أم لا ؟ وإذا كان هكذا لم يمكنا أن نكلّفه عقد الإجارة ،ونكلّفه الأجرة لما ليس بمقصود في نفسه، وإذا جوّزنا المزارعة عليه لم يكن فيه غرر ؛ لأنّه يعمل فيه، فإن ارتفع شيء كان بينهما ،وإن لم يرتفع شيء لم يكن العامل قد غرم شيئاً.

---

(1) وقد تقدم ذكر الخلاف في المخابرة والمزارعة ص٦٤٤.

(2) تقدم تخريجه ص٦٤٤.

(3) وتقدم تعريفها والفرق بين المزارعة والمخابرة ص٦٤٥.

(4) وبنحوه في مختصر المزني ص٢٣٤،الحاوي ٣٥٩/٧.

(5) قوله (إلا بأن)بداية ٨/ل/٣٢ب من ب.

(6) انظر/ التهذيب ص١٣٧،البيان ٢٠٨/٧.

ولأنّه قد ثبت [1] أنّ عقد المساقاة إنّما جُوِّز لأجل الحاجة الدّاعية إليه، فجاز أن يجوز مثل هذا العقد في الأرض للحاجة الداعية إلى ذلك، [2] ويكون مثل المساقاة على وجه التبع.

فإن قيل: لو كان هذا البياض تبعاً للمساقاة لوجب أن تدخل المزارعة في عقد المساقاة بالإطلاق، كما أنّ البناء والغراس لّما كانا تبعاً للأرض دخلا في العقد على الأرض بالإطلاق. [3]

فالجواب: أنّه إنّما لم يكن تبعاً لها؛ لأنّ لفظ عقد المزارعة غير لفظ عقد المساقاة، [4] وإنّما يكون أحد الشيئين تبعاً للآخر في العقد إذا كان لفظ العقد فيهما واحداً، كما قلنا في البناء والغراس؛ لأنّ لفظ العقد عليهما وعلى الأرض واحد.

إذا ثبت هذا: فإذا عقد عليهما فإن [5] قال: ساقيتك على النَّخل، وزارعتك على البياض بالنصف جاز ذلك [6].

---

[1] في ب (ولأنّا قد بينا).

[2] كما تقدم في بداية كتاب المساقاة ص٦٥٢.

[3] إذا قال بعتك الأرض، وأطلق فهل يدخل البناء والغراس في البيع ؟.

نصّ الشّافعيّ في البيع أنّه يدخل، ونص فيما إذا رهن الأرض أنّها لا تدخل.

وللأصحاب ثلاث طرق:

أصحُّها: عند الجمهور تقرير النّصين.

والثّاني: فيهما القولان.

والثّالث: القطع بعدم الدخول فيهما.

انظر/ المهذب ٣٩/٢، التنبيه ص ٩٢، الروضة ٥٣٨/٣-٥٣٩

[4] انظر/ فتح العزيز ٥٦/٦.

[5] في ب (فإذا).

[6] انظر/ التهذيب ص١٣٩، فتح العزيز ٥٦/٦، الروضة ١٧٠/٥.

وإن قال: عاملتك على النَّخل والبياض بالنِّصف جاز[1]؛ لأنّ لفظ المعاملة يستعمل فيهما جميعاً [2].

ويجوز أن يقول [3] : ساقيتك/ على النِّصف ،وزارعتك على الثُّلث [4] ،كما يجوز أن يساقيه على بعض النَّخل بالثُّلث ،وعلى بعضه بالنِّصف ، فيقول: ساقيتك في الطَّبَرْزَذ [5] بالنِّصف ،وفي الآزَاذ [6] /بالثلث.[7][8]

وإن قال: ساقيتك على النَّخل والبياض بالنِّصف ،انعقدت المساقاة في النَّخيل دون المزارعة في البياض؛[9] لأنّ المساقاة لا تتناول المزارعة.[10]

---

[1] انظر/ البيان ٢٨١/٧،فتح العزيز ٥٦/٦،نهاية المحتاج ٣٢٤/٢.

[2] انظر/ البيان ٢٨١/٧.

[3] في ب (يقال)

[4] وهو أصح الوجهين ،وهو قول البغداديين .

وفي وجه أنّه لا يجوز؛لأنّ المزارعة إنما جازت هاهنا تبعاً للنخل ،فإذا فاصل بينهما العوض لم يتبع أحدهما الآخر.وهو قول البصريين .

انظر/ الحاوي ٣٦٦/٧،المهذب ٢٤٢/٢،التهذيب ١٤٠،البيان ٢٨١/٧،فتح العزيز ٥٧/٦،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٢٥/٢.

[5] الطَّبَرْزَذُ: وزان سفرجل ،معرب وفيه ثلاث لغات ،بذال معجمة ،وبنون طبرزن ،وبلام طبرزل ،وهو فارسي معرب ،وهو السكر وبه سمي نوع من التمر لحلاوته .قال أبو حاتم :الطبرزذة نخلة بسرها صفراء مستديرة ،والطبرزذ الثوري بسرته صفراء فيها طول .

انظر/ القاموس المحيط ص٣٠٣،المصباح المنير ص١٤٠.

[6] الأزاذُ : نوع من أجود التمر وهو فرسي معرَّب.

انظر/ القاموس المحيط ص٢٩٩،المصباح المنير ص٥.

[7] وذلك لأنّهما عرفا قدر كل من النوعين.

انظر/ الوجيز ٢٢٧/١،الروضة ١٥٣/٥،مغني المحتاج ٣٢٦/٢.

[8] قوله (بالثلث)بداية ٨/ل/٣٣أ من ب.

[9] انظر/ البيان ٢٨١/٧،فتح العزيز ٥٦/٦،الروضة ١٧٠/٥،مغني المحتاج ٣٢٤/٢.

[10] انظر/ المراجع السابقة.

وإن أراد إلحاق المزارعة في البياض بالمساقاة ، واستئناف عقد المزارعة فهل يصح أم لا ؟.

فيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ؛[1] لأنّه جُوِّز على وجه التبع للمساقاة ،وإنّما يكون تبعاً لها إذا جمع بينهما في العقد، فإذا أُفْرِدَ كلُّ واحد منهما، لم يكن أحدهما تبعاً للآخر.[2]

والثّاني: يجوز؛[3] لأنّ هذه المزارعة إنّما جوِّزت للحاجة الدّاعية إلى ذلك ،والحاجة قائمة بحالها إن كان قد أفردها،[4] وهذا كما قلنا في الرجل يبيع النَّخل وقد أُبِّر ثمرها ،فتبقى الثّمرة على ملكه ثُمَّ يبيعها من الذي اشترى النَّخل قبل أن يبدو صلاحها ، ويطلق البيع ،[5] فهل يصحُّ ذلك أم لا ؟

فيه وجهان:

أحدهما: يصح ؛[6] لأنّ النخيل للمشتري فتكون الثّمرة تبعاً لها، كما لو اشتراهما معاً.

والثّاني: [لا يصحُّ] [7] [8] ؛ لأنّه أفردها فلا يمكن أن يجعلها تبعاً للأصول، كما لو باعها من غيره.

---

[1] وهو أصح الوجهين وهو قول البغداديين .

انظر/الحاوي ٣٦٦/٧، التهذيب ص١٣٩،البيان ٢٨١/٧،فتح العزيز ٥٦/٦،الروضة ١٧٠/٥.

[2] انظر/ المراجع السابقة ،ومغني المحتاج ٣٢٤/٢.

[3] وهو قول البصريين .

انظر/ الحاوي ٣٦٦/٧،المهذب ٢٢٤/٢،البيان ٢٨١/٧،حلية العلماء ٣٧٠/٥

[4] انظر/ البيان ٢٨١/٧.

[5] ولا يشترط القطع ،فأما إذا أشترط القطع فالبيع صحيح .

انظر/ الحاوي ٣٦٧/٧،التهذيب ص١٣٩.

[6] انظر/ الحاوي ٣٦٧/٧،المهذب ٤٤/٢.

[7] [لا يصح] ساقطة من أ .

[8] وهو أصح الوجهين .

إذا ثبت أنَّ [1] عقد المزارعة في ذلك البياض يجوز فإن البِزْرَ،[2] يكون من ربِّ المال حتى يكون المال كلُّه من أحدهما ،والعمل من الآخر،[3] كما قلنا في القراض . [4]

فأمَّا إذا ساقاه على النخيل، ولم يزارعه في الأرض فزرعها بغير إذنه ،كان في ذلك غاصباً ،ولربِّ المال أن يقلع زرعه ويطالبه بأجرة المثل ،وله أن يتركه بشرط الأجرة المسمَّاة في المستأنف. [5]

هذا كله في البياض اليسير.

فأمَّا إذا كان البياض كثيراً بين تضاعيف النَّخل،[6] فهل يجوز عقد المزارعة عليه [7] تبعاً للمساقاة أم لا ؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛[8]لأنّ البياض كثير فلا يمكن أن يجعل تبعاً للنخل ؛ لأنّ اليسير إنّما يجعل تبعاً للكثير . [1]

انظر/ التهذيب ص١٣٩،الروضة ٥٥٦/٣.

[1] في ب (وأن).

[2] البِزْر:بكسر الباء وبفتحها والكسر أفصح والجمع بزور وهو كل حبٍّ يُبذر للنبات .

انظر/ القاموس المحيط ص٣١٥،المصباح المنير ١٦، ١٩.

[3] انظر/ التهذيب ص١٤١،التنبيه ص١٢٢،البيان ٢٨٢/٧.

[4] تقدم ص٤٩١.

[5] انظر/ الأم١٢/٤،الحاوي ٢٦٧/٧-٢٦٨،التهذيب ص١٤٠، حلية العلماء ٣٨٠/٥، فتح العزيز ٥٨/٦،الروضة ١٧٢/٥.

[6] والنظر في الكثرة هل إلى زيادة النماء أم إلى مساحة البياض ومغارس الشجر وجهان : أصحهما الثّاني .

انظر/ البيان ٢٨٢/٧،الروضة ١٧١/٥،مغني المحتاج ٣٢٥/٢.

[7] في ب(عليها).

[8] انظر/ الحاوي ٣٦٦/٧،المهذب ٢٤٢/٢،البيان ٢٨٢/٧،حلية العلماء ٣٨٠/٥.

والثّاني: أنّه يجوز؛[2] لأنّ الحاجة التي دعت إليه جواز المزارعة فيه إذا كان يسيراً قائمة فيه إذا كان كثيراً ،فوجب أن يجوز العقد [3] فيه تبعاً للمساقاة. [4]

وأمّا الضرب الثّالث: وهو إذا كان البياض/ منفرداً [5] عن النخيل ،ويمكن سقيه على الانفراد ،فإنّه لا يجوز عقد المزارعة عليه؛[6] لأنّ الحاجة لا تدعو إلى جوازه ؛لما يمكن من أفراده بالسقي.

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢٤٢،البيان ٧/٢٨٢.

[2] وهو الأصح .

انظر/ الروضة ٥/١٧١،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٣٢٤.

[3] في ب (عقد المزارعة).

[4] انظر/ الحاوي ٧/٣٦٦،المهذب ٢/٢٤٢،البيان ٧/٢٨٢،فتح العزيز ٦/٥٧.

[5] قوله (منفرداً)بداية ٨/ل/٣٣ ب من ب.

[6] انظر/ الأم ٤/١٢،الحاوي ٧/٣٦٥-٣٦٦،التنبيه ص١٢٢،فتح العزيز ٦/٥٦،الروضة ٥/١٧٠، فتح المنان ص٢٩٩ .

[١٠٢] مســـألـــة

قال رحمه الله : ((وَلا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إلا عَلَى جُــزْءٍ مَعْلُــومٍ قَلِيــلاً كَــانَ أَوْ كَثِيراً)). [١]

لأنّ هذا العقد يعقد ؛لكي يرجع [٢] كلُّ واحد منهما إلى حصَّته من الثَّمرة وقـت المفاصلة ،وإذا كان /مجهولاً لم يمكن إجبار ربّ المال على تسليم حقِّ العامل ؛ لأنّـه لا يدري كم قدره؟[٣] وهذا كما قلنا في عقد المضاربة . [٤]

٦

إذا ثبت هذا: فإنّ ذلك على حسب ما يشرطانه ،فإن شرطا النِّصـــف جـاز، وإن شرطا الثُّلث ،أو أقلّ ،أو أكثر جاز ،سواء شُرط الأكثر لربّ المال أو الأقلّ؛ [٥] لأنّ هذا العقد حقٌّ لهما، فكان ذلك على حسب شرطهما إذا لم يؤدِّ إلى الربا، كما قلنـا في البيع والمضاربة وغيرهما. [٦]

---

[١] في المختصر المطبوع (قل أو كثر)ص١٣٥.

[٢] في ب (على أن يرجع)

[٣] وبنحوه في البيان ٢٥٨/٧.

[٤] المتقدم ص٦١٠.

[٥] انظر/الإقناع لابن المنذر ٥٧٤/٢، المهذب ١٣٨/٢؛الوجيز ٢٢٧/١،البيان ٢٥٨/٧،الروضـة ١٥١/٥، كفاية الأخيار ص٣٩٨.

[٦] كما تقدم ص٦١٠.

[١٠٣] مســألــة

قال : ((وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّ لَهُ ثَمَر [(١)] نَخْلات بِعَيْنِهَا مِنْ الْحَائِطِ لَـــمْ يَجُــزْ ذَلِكَ،[(٢)] وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَمْ يَجُزْ ،وَكَــانَ لَهُ أُجْرَة مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ [(٣)])).

وهذا كما قال.

إذا شرط العامل في المساقاة ثمر نخلة بعينها ،أو نخلات بأعيانها لم يجز؛[(٤)]لأنّه ربَّمـــا لم يرتفع من الثَّمرة في البستان إلا ذلك القدر الذي عيَّنه فيــــؤدِّي إلى أن ينفــرد بـــه العامل ، [(٥)] ولا يجوز أن ينفرد أحدهما بما يرتفع من الثَّمرة ،كما لا يجوز في القــراض أن ينفرد أحد المتضاربين بالرِّبح . [(٦)]

وكذلك إذا شرط له قدراً معلوماً بكيلٍ ، أو وزن ، [(٧)] مثل أن يقول :على أن يكون لك منها وسق ، أو مائة رطل، [(٨)] أو ما أشبه ذلك ؛ لأنّه يؤدِّي إلى أن ينفرد بالغلّــة دون ربّ المال.

---

(١) في ب (ثمرة).

(٢) (ذلك) في ب ،وليست في المختصر المطبوع ص١٣٥.

(٣) مختصر المزني ص ١٣٥.

(٤) انظر/ المهذب ٢٣٩/٢،الروضة ٥ /١٥١،كفاية الأخيار ص٣٩٧،فتح المنان ص٢٩٨.

(٥) انظر/ المهذب ٢٣٩/٢،كفاية الأخيار ص٣٩٧.

(٦) كما تقدم ص٥١٥.

(٧) انظر/ الحاوي ٣٦٩/٧،التنبيه ص١٢١،الروضة ١٥١/٥،فتح العزيز ٥٩/٦-٦٠.

(٨) الرِّطل و الرَّطْل: الذي يوزن به ويكال،والكسر أشهر والجمع أرطال ،والأرطال تختلف باختلاف أعراف الأمصار فالرطل الشامي مقداره ٤٨٠ درهماً،والرطل المقدسي ٨٠٠درهماً،والرطــل الحلــبي ٧٠٠درهــم ،والرطل المصري ١٤٤ درهماً.
-ولكن الرطل إذا أطلق عند الفقهاء فالمراد به الرطل البغدادي ، واختلف العلماء في تقدير الرطل البغـدادي على أقوال كثيرة ،والذي رجحه الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع ،أن الرطل يساوي ١٢٨درهماً وعليه فإن مقدار الرطل بالجرامات يساوي ما يقارب ٤٠٨ جرامات .

إذا ثبت هذا :وشَرَطَه في العقد كانت المساقاة فاسدة ،والثّمرة كلُّها لربِّ النخيـــل ؛ لأنّها نماء أصله ،فكانت تبعاً له ،ويكون للعامل أجرة المثل ،[1] كما قلنا في القـــراض الفاسد .[2] والله أعلم.

انظر/ لسان العرب ١١/٢٨٥-٢٨٦،المصباح المنير ص٨٨،الإيضاح والتبين وتحقيقه د.محمـــد الخـــاروف ص٥٦، المقادير الشرعية والأحكام المتعلقة بها ص١٩٠-١٩٧،بحث في تحويل الموازين والمكاييل الشـــرعية للشيخ عبد الله المنيع ص ١٧٢-١٧٤.

[1] انظر/ الحاوي ٧/٣٦٩.

[2] كما تقدم ص٥٢٣.

[١٠٤] مسألة

قال الشّافعيّ رحمه الله : ((**وَلَو دَخَلَ فِي النَّخْلَ عَلَى الإجَارَة، بِأَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَ وَيَحْفَظَ ،وَبِشَيْءٍ** [(١)] **مِنَ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهَا،/ فَالإجَارَةُ** [(٢)]**فَاسِدَةٌ وَلَهُ أُجْرَةُ** [(٣)] **مِثْلِهِ**)).

وهذا كما قال.

هذه المسألة ليست من مسائل المساقاة ،وإنّما هي من مسائل الإجارات ، وإنّما ذكرها الشّافعيّ رحمه الله ؛ ليفرّق بينهما وبين المساقاة ،فإذا قال: استأجرتك على أن تعمل لي في هذه النخيل ،بشرط أن يكون لك النِّصف من ثمرتها إذا خرجت ،أو الثُّلث أو ما شرط ،فإنّ تلك إجارة فاسدة ؛ [(٤)] لأنّ الإجارة عند الشّافعيّ رحمه الله ضرب من البيوع، [(٥)] ولو باع نصف ثمرة لم تخلق لم يصح، فكذلك إذا استأجره بنصف ثمرة لم تخلق.

فأمّا إذا استأجره على عمل نخيلٍ ، بنصف ثمرة نخيل أُخَر قد خرجت ، لم يخلُ من أن تكون تلك الثّمرة قد بدا صلاحها أو لم يَبْدُ .

فإن كان لم يَبْد صلاحها/ نظر :-

٤٣/ل/٦

[(١)] في ب ،و المختصر المطبوع (بشيء).

[(٢)] قوله (فَالإجَارَةُ)بداية ٦/ل/٣٤ أ من ب.

[(٣)] وفي المختصر المطبوع(أجر مثله فيما عمل) ص١٣٥.

[(٤)]انظر/ الحاوي ٧/٣٧٠،المهذب ٢/٢٣٩،البيان ٧/٢٦٣،فتح العزيز ٦/٦٧-٦٨.

- وفي انعقاد المساقاة بلفظ الإجارة وجهان ، أصحهما المنع .

انظر/ الوسيط ٤/١٤٥،فتح العزيز ٦/٦٧،الروضة ٥/١٥٧.

[(٥)]انظر/ الأم ٤/٢٩،مختصر المزني ص١٣٧

فإن استأجر لجميع الثَّمرة لم يجز ذلك إلا بشرط القطع، [1] كما لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع، [2] وإن أطلق كان العقد باطلاً كما لو أطلق ذلك في البيع. [3]

وإن استأجره بنصفها لم يجز ؛ لأنّه لم يشرط قطعه ،فقد أطلق العقد على ثمرة لم يَبْدُ صلاحها ،فلم يجز ، وإن شرطَ القطع لم يجز؛ [4] لأنّه لا يمكن قطع النِّصف إلا بقطع الجميع ؛ لأنّه مشاع في الجميع، والنَّصف الآخر لربِّ النَّخل، فلا يجبر على قطعه قبل إدراكه. [5]

وإن كان قد بدا صلاحها، فإن كان بالجميع صحَّ ذلك أطلق ،أو شرط القطع ؛ [6]لأنّه إذا بدا صلاحها انحسرت عنها الآفة، فلا يكون في تبقيتها غرر.

وإن كان بالنصف جاز أن يطْلق ؛ لأنّ بيع الثَّمرة بعد بدوِّ صلاحها مطلقاً يجوز . [7]

وإن شرط القطع لم يجز ؛ [8]لأنّه مشاع فلا يمكن استبقاء نصيبه إلا بقطع الجميع، والمؤجِّر لا يجبر على قطع نصيبه من نخيله .

وكلُّ موضع أُفْسِد بالإجارة وعمل العامل كان له أجرة مثله ،ولربِّ النخيل جميع الثَّمرة. [9]

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٧٠/٧،البيان ٢٦٣/٧،فتح العزيز ٦٨/٦،الروضة ١٥٨/٥،مغني المحتاج ٣٢٨/٢.

[2] انظر/ البيان ٢٦٣/٧.

[3] كما تقدم أنّه لو باع ثمرة قبل بدو صلاحها لم يصح إلا بشرط القطع .

[4] انظر/ الحاوي ٣٧٠/٧،الوسيط ١٤٥/٤،البيان ٢٦٣/٧،فتح العزيز ٦٨/٦.

[5] انظر/ الحاوي ٣٧٠/٧،البيان ٢٦٣/٧.

[6] انظر/ الوسيط ١٤٥/٤،البيان ٢٦٣/٧،الروضة ١٥٨/٥.

[7] انظر/ الحاوي ٣٧٠/٧، البيان ٢٦٣/٧،فتح العزيز ٦٨/٦،الروضة ١٥٨/٥.

[8] والذي اطلعت عليه من المراجع إطلاق الحكم بالجواز ،شرط القطع أو لم يشرطه.
انظر/ الحاوي ٣٧٠/٧،الوسيط ١٤٥/٤ ، البيان ٢٦٣/٧،فتح العزيز ٦٨/٦،الروضة ١٥٨/٥.

[9] انظر/ الحاوي ٣٧٠/٧.

فـصـــل

إذا ظهرت الثّمرة ،وساقاه في نخيلها على أن يكون له بعض الثّمرة ففيه قولان: [١]

أحدهما: يجوز ؛ [٢] لأنّه إذا جاز العقد والثمرةُ لم تخلق مع كثرة الغرر ؛ فلأن تجـــوز والثمرة قد ظهرت مع قلّة الغرر أولى. [٣]

والثّاني: لا تجوز؛[٤] لما روي أنّ النّبيّ ﷺ **عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج مـــن ثمر أو زرع.))** [٥]

وهذا يدلُّ على أنّه لا تجوز/ المساقاة [٦]إلا قبل خروج الثّمرة ؛ لأنّه عليه الســـلام في تلك الحال [٧] ساقاهم؛ولأنّ الثّمرة إذا ظهرت فقد حصل المقصـــود ،فـــلا تجـــوز المساقاة في تلك الحال؛ [٨] ألا ترى أنّه لا يجوز أن يقارضه ويشرط له ربحاً قد ظـــهر؟ وإنّما يجوز أن يشرط أن يكون له بعض الفائدة التي لم تظهر، فكذلك هذا.

---

[١] وفي موضع القولين طرق :-

أصحُّها: أنّها فيما قبل بدوّ الصلاح ،فأمّا بعده ،فلا يجوز قطعاً .

والثاني :القولان فيما لم يتناه نُضْجُه فإن تنهاهى ، لم يجز قطعاً.

والثالث :طرد القولين في كل الأحوال .

انظر/ الروضة ١٥٢/٥ ،مغني المحتاج ٣٢٦/٢.

[٢] وهو أظهر القولين .

انظر/ الأم ١٢/٤ ،المهذب ٢٣٧/٢ ،حلية العلماء ٣٦٦/٥ ،الروضة ١٥٢/٥ ،المنهاج وشرحه مغني المحتـــاج ٣٢٦/٢.

[٣] وبنحوه في الأم ١٢/٤ ،المهذب ٢٣٧/٢.

[٤] وهو قوله في البويطي .

انظر/ المهذب ٢٣٧/٢، البيان ٢٥٤/٧ ،حلية العلماء٣٦٦/٥.

[٥] والحديث متفق عليه كما تقدم ص٦٤٦.

[٦] قوله (المساقاة)بداية ٨/ل/٣٤ ب من ب .

[٧] أي قبل خروج الثّمرة.

[٨] وبنحوه في المهذب ٢٣٧/٢ ،البيان ٢٥٤/٧.

والذي ذكروه يبطل به إذا أَدْرَكَتِ الثَّمرة ؛فإنّه لا يجوز أن يساقيه عليها .[1]

إذا ثبت هذا :فلا خلاف على المذهب أنَّ المساقاة تجوز قبل ظهور ثمرها .[2]

وإذا ظهرت و لم تُدْرِك ففيها قولان .

وإذا أَدْرَكَت لم يجز ؛[3]لأنّها قد استغنت عن العمل على أصولها ،و لم يبق للعامل عمل يستحق به جزءاً من الثّمرة.

[1]أي إذا بدا الصلاح فيها لم تصح المساقاة فيها قولاً واحداً.

انظر/ البيان ٢٥٣/٧.

[2]كما تقدم في بداية كتاب المساقاة ص٦٤٢.

[3]وقد تقدم في بداية الفصل الإشارة إلى موضع القولين . ص ٦٧٧ التعليق رقم (٢)

[١٠٥] مسألة

قال رحمه الله : ((وَكُلُّ مَا كَانَ فِيهَ مُسْتَزَادٌ [١] مِنْ [٢] الثَّمرة [٣] مِنْ إِصْلاحِ الْمَاءِ ،وَطَرِيقِهِ وَتَصْرِيفِ الجرِيدِ، وَإِبَارِ النَّخْلِ ،وَقَطْعِ الْحَشِيشِ الْمُضِرِّ بِالنَّخْلِ وَنَحْوِهِ جَازَ شَرْطُهُ عَلَى الْعَامِلِ [٤])).

وهذا كما قال.

الكلام في هذه المسألة في بيان ما يكون على ربِّ /النخيل من العمل، وما يكون على العامل . ٦/ل/٤٣

وجملة ذلك :أنّ كلّ ما فيه حفظ للثّمرة ،ومستزاد فيها فهو على العامل، [٥] مثل إصلاح الأَجَاجين ،وتنقية الأنهار [٦] ، وكِرَى السواقي، [٧]وإدارة الدُّولاب [١] ،وقطع الحشيش المضرّ بالنخيل ،وحفظ الثّمرة

---

[١] من الزيادة، أي كل عمل كان فيه زيادة الثّمرة ونماؤها فهو على العامل.
انظر/ البيان ٢٦٤/٧،تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٦.

[٢] في المختصر المطبوع (في)

[٣] في المختصر المطبوع (الثمر)ص١٣٥.

[٤] مختصر المزني ص ١٣٥،وتمامه .(فأمّا شد الحظار فليس فيه مستزاد ولا صلاح في الثمرة فلا يجوز شرطه على العامل.)

[٥] انظر/ الأم ١٢/٤،الإقناع لابن المنذر ٥٧٦/٢،الحاوي ٣٧٠/٧، التنبيه ص١٢١،الوجيز ٢٢٨/١،البيان ٢٦٤/٧.

[٦] وفي وجه ضعيف :أنّها على المالك .
وفي وجه: أنّه على من شرطت عليه منهما، فإن لم يذكرها فسد العقد ،ونقله العمراني في البيان عن المصنف في كتابه المجرد.
انظر/ البيان ٢٦٦/٧،فتح العزيز ٦٨/٦-٦٩،الروضة ٥٩/٥.

[٧] السواقي جمع ساقية ،وهي القناة الصغيرة سميت بذلك ؛لأنّها تسقى الأرض . المصباح المنير ص١٠٧، وانظر/ القاموس المحيط ص١١٦٦.

،وإبَّار النَّخل، وتصريف الجريد ، وقطع السُّلَّاء؛ حتى يتمكن من إدخال اليد في الثَّمرة لإصلاحها ، وجدِّها [2] إذا تناهى إدراكها،[3]وإصلاح جُرْنِها [4] إن كانت مما تشمَّس. [5]

وأمَّا الذي على ربِّ المال، فكلُّ ما فيه إصلاح لأصول النخيل وتبقية لها، [6]مثل شقِّ الأنهار ، وحفر الآبار، ونصب الدُّولاب ، وإقامة الثيران التي تديره ، [7] ،وتحصيل

---

[1]الدُّولابُ و الدَّوْلابُ، كلاهما: واحد الدَّوالِيب. على شكل النَّاعُورة، يُستَقى به الماءُ، فارسي معرّب، وقيل عربي بفتح الدال وضمها والفتح أفصح ؛ولهذا اقتصر عليه جماعة.

انظر/ لسان العرب ٣٧٧/١،المصباح المنير ص٧٦،مختار الصحاح ص٢٠٨.

[2] الجدَاد :صِرامُ النَّخل،والصِّرام :بفتح الصاد المهملة وكسرها أيضاً .

انظر/مختار الصحاح ص٩٥،٣٦٢.

[3]وهو الصحيح ،وبه قطع الأكثرون ومنهم الشيخ أبو حامد ،وابن الصباغ ،لأنّه من الصلاح .

وفي وجه: أنّه لايلزم العامل ؛لأنَّ ذلك يحتاج إليه بعد تكامل النماء.

انظر/ الحاوي ٣٧٠/٧-٣٧١،المهذب ٢٤٠/٢،البيان ٢٦٥/٧،فتح العزيز ٦٩/٦،الروضة ١٥٩/٥،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٢٩/٢.

[4]الجُرْنُ و الجَرين: موضع التمر الذي يُجَفَّف فيه،جمع الجُرْن-بضم الجيم وإسكان الراء-أجرانٌ . وجمع الجرين أجْرِنَة ،وجُرُن .بضم الجيم والراء .

انظر/ حلية الفقهاء ص١٠٤،لسان العرب ٨٧/١٣، المعجم الوسيط ١١٩/١.

[5] قال النووي: (ويلزمه تجفيف الثمار على الصحيح إذا طردت العادة أو شرطاه وإذا وجب التجفيف وجب تهيئة موضعه وتسويته ويسمى ابيدر والجرين ونقل الثمار إليه وتقليبها في الشمس) الروضة ١٥٩/٥.و انظر/ فتح العزيز ٦٩/٦.

[6]انظر/ الحاوي ٣٧١/٧،المهذب ٢٣٩/٢، الوجيز ٢٢٨/١/البيان ٢٦٥/٧، حلية العلماء٣٧٢/٥، الروضة ١٥٩/٥.

[7]وهو الصحيح .

وفي وجه :أنّها على من شرطت عليه ،ولا يجوز السكوت عنها ،ونقله العمراني في البيان عن المصنف في كتابه المجرد ،وبه قال أبو إسحاق ،وأبو الفرج السرخسي.

انظر/ البيان ٢٦٦/٧،فتح العزيز ٧٠/٦،الروضة ١٦٠/٥.

الكيس الذي تؤبره [به][1] الثّمرة، [2]وما عدا هذه مما فيه إصـلاح الأصـول، وتنقيتها، فإن أطلق ذلك رجع إطلاقه إلى ما ذكرنا .

وإن شرطه كان تأكيداً . [3]

وإن شرط بخلافه مثل :أن يشرط ما على ربّ المال على العامل، وما على العـامل على ربّ المال كان العقد فاسداً ؛[4]لأنّه خلاف مقتضاه، فهو كما قلنا في القـراض إذا شرطا على أحدهما المال والعمل فيه. [5]

فـإذا ثبـت :أنّ العقـد فاسـد كـان الحكـم علـى/ مـا ذكرنـاه[6] في المساقاة الفاسدة . [7]

---

[1][به]زيادة من ب.

[2] انظر/ الحاوي ٣٧١/٧،البيـان ٢٦٥/٧ –٢٦٦ ،فتـح العزيـز ٧٠/٦، الروضـة ٥/ ١٦٠، مغـني المحتاج ٢ /٣٢٧.

[3] وجميع ما ذكره المصنف من تفصيل الأعمال عند الإطلاق إنما هو تفريع على الصحيح في أن تفصيـل الأعمال لا يجب في العقد فإن أوجبناه فالمتبع الشرط، إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغـيراً مقتضـي العقد.

انظر/ فتح العزيز ٧٠/٦،الروضة ١٦٠/٥.

[4] انظر/ البيان ٢٦٦/٧.

[5] كما تقدم ص٥٠٧.

[6] قوله (ما ذكرناه)بداية ٨/ل/٣٥ أ من ب .

[7] كما تقدم ص٦٧٤.

[كتاب الشرط في الرقيق يشترطهم الْمُسَاقي] [1]

[١٠٦] مســـألـــة

قال رحمه الله : ((**وَلا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُسَاقِي عَلَى رَبِّ النَّخْلِ غِلْمَاناً يَعْمَلُــونَ مَعَهُ وَلا يَسْتَعْمِلُهُمْ فِي غَيْرِه، وَنَفَقَةُ الرَّقِيقِ عَلَى مَا يَتَشَارطَان عَلَيْهِ وَلَيْــسَ نَفَقَــةُ الرَّقِيقِ بِأَكْثَرَ مِنْ أُجْرَتِهِمْ فَإِذَا جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا لِلْمُسَاقِي بِغَيْرِ أُجْرَةٍ جَازَ أَنْ يَعْمَلُــوا لَهُ بِغَيْرِ نَفَقَةٍ**)) [2] .

وهذا كما قال.

ذكر الشَّافعيّ رحمه الله أنّ العامل إذا شرط على ربّ النخيل غلماناً يعملون معــه ،أنّ ذلك يجوز.

واختلف أصحابنا فيه على طريقين:

فمنهم من قال: أراد به إذا شرط غلماناً يعملون معه العمل الذي يجــب علــى ربّ المال ،وهو الذي يعود إلى حفظ الأصل ،مثل حفــــظ الســـواقي ،والبــئر ،وغــير ذلك ، فأمّا إذا شرط أن يعملوا له العمل الذي عليه لم يجز، [3] كمــا لا يجــوز أن يشرط على ربّ المال ،فكذلك لا يجوز أن يشرطه على غلمانه ؛ لأنّ يـــد غلامـــه كيده ،وعمله كعمله [4] ، ولأنّه لا يجوز أن يشرط على ربّ المال في القراض عمــل وتصرُّف في المال ، [5] فكذلك هذا.

---

[1] هذا العنوان زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٦.

[2] مختصر المزني ص ١٣٦.

[3] انظر/ الأم ١٣/٤.

[4] انظر/ المهذب ٢٤٠/٢،البيان ٢٦٦/٧،فتح العزيز ٦٤/٦.

[5] انظر/ المهذب ٢٤٠/٢.

ومن أصحابنا من قال: يجوز أن يشرط أن يعملوا معه العمل الذي عليه، حسب ما أطلقه الشّافعيّ رحمه الله ؛ [1] لأنّ غلمانه ماله ، فإذا شرط إضافتهم إليه فهو كما يشرط إضافة مال إلى مال، وكما لو أعطاه بغله [2] يحمل عليها ويسقي بها في عمله. [3] /

٦/ل/٤٤أ

ولأنّ عمل العامل هو المتبوع ،وعمل الغلمان على وجه التبع ؛فلهذا جاز أن يُشرط في المساقاة تبعاً لعمله.

ويفارق عمل ربّ المال ؛ لأنّه متبوع وليس بتبع؛ فلهذا لم يجز. [4]

ولأنّه لا يجري مجرى المال، وعمل الغلمان يجري مجرى المال ،فهو إضافة مال إلى مال. [5]

إذا تقرر هذا .

فإن قلنا: إنّه لا يجوز، فإذا شرطه كان العقد فاسداً ،ويكون حكمه حكم المساقاة الفاسدة . [6]

وإذا قلنا: يصح فإنّ تدبيرهم إلى العامل، فيحتاج أن يعملوا ما يكلفهم إيَّاه ؛ لأنّهم جعلوا معونة له. [7]

---

[1] وهو المذهب المنصوص .

وقيل :فيه وجهان كالقراض.

انظر/ الحاوي ٣٧٢/٧،التنبيه ص١٢١،الوجيز ٢٢٨/١،البيان ٢٦٦/٧، فتح العزيز ٦٤/٦،الروضة ٥/ ١٥٥،مغني المحتاج٣٧٢/٢.

- فلو شرطا اشتراكهما في التدبير ويعملان ما اتفقا عليه لم يجز بلا خلاف وإذا جوزناه في الأول فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية أو الوصف.الروضة ١٥٥/٥.و انظر/ البيان ٢٦٧/٧.

[2] من قوله (وكما لو أعطاه..إلى قوله ...بها في عمله) ساقط من ب.

[3] انظر/ المهذب ٢٤٠/٢،البيان ٢٦٦/٧.

[4] انظر/ الحاوي ٣٧٣/٧،المهذب ٢٤٠/٢،البيان ٢٦٧/٧.

[5] انظر/ المهذب ٢٤٠/٢.

[6] وتقدم بيان حكم المساقاة الفاسدة ص٥٧٤.

[7] انظر/ البيان ٢٦٧/٧،الروضة ١٥٥/٥.

وأمَّا نفقتهم: فإن كانوا قد أطلقوها فهي على سيِّدهم بحقِّ الملك .[1]

وإن كانوا شرطوها على ربِّ المال، أو على العامل كانت على من شرطت عليه؛ [2]لأنّهم [إن] [3] شرطوها على ربِّ المال فهو تأكيد لما يقتضي الإطلاق .

وإن شرطوها على العامل فلأنّ عملهم معونة [له] [4]/فجاز [5] شرطها عليه .[6]

وتكون النفقة على حسب الكفاية إن شرطت على العامل ،وليس من شرطها أن تقدر .[7]

وقال محمد بن الحسن: [8] من شرطها تقديرها حتى تصير معلومة.[1]

---

[1] وهو المذهب الذي قطع به الجمهور .

وفي وجه :أنّها على العامل ؛لأنّ العمل مستحق عليه فكانت نفقتهم عليه .

وفي وجه: أنّه في الثّمرة ؛لأنّهم يعملونها ،فكانت نفقتهم فيها.

انظر/ الحاوي ٣٧٤/٧،المهذب ٢٤٠/٢،البيان ٢٦٩/٧،حلية العلماء ٣٧٣/٥،فتح العزيز ٦٥/٥،الروضة ١٥٥/٥-١٥٦.

[2] انظر/ الأم ١٣/٤،الإقناع لابن المنذر ٥٧٦/٢،الحاوي ٣٧٣/٧.

- وفي جواز شرط النفقة على العامل وجهان :

أحدهما: المنع لما فيه من قطع نفقة المالك على الملك ،وبهذا قطع المسعودي .

والأصح الجواز ؛لأنّ العمل في المساقاة على العامل ؛ولا يبعد أن يلتزم مؤنة من يعمل معه ويعاونه كاستئجار من يعمل معه .انظر/ فتح العزيز ٦٤/٦،الروضة ١٥٥/٥.

[3] [إن]ساقطة من أ.

[4] المثبت من نسخة ب وفي نسخة أ (لها).

[5] قوله (فجاز شرطها)بداية ٨/ل/٣٥ ب من ب.

[6] انظر/ الحاوي ٣٧٣/٧،فتح العزيز ٦٤/٦.

[7] فتحمل النفقة على الوسط المعتاد ،وبه قطع الشيخ أبو حامد ،وفي وجه :يشترط أن تقدَّر فيبيِّن ما يدفع إليه كل يوم من الخبز والأُدم .

انظر/ فتح العزيز ٦٤/٦-٦٥،الروضة ١٥٥/٥، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٧٥/٢،مغني المحتاج ٣٢٧/٢.

[8] تقدمت ترجمته ص١٧٩.

وهذا غلط ؛ لأنّه لو كان التقدير من الشرط لكان من الشرط ذكر صفاتها ،وأحوالها ، [2] كما نقول في المسلَم [3] ولما أجمعنا على أنّه ليس من شرطها أن توصف، فكذلك ليس من شرطها أن تقدَّر ، [4]وتكون على حسب كفايتهم في العرف والعادة، [5] والله أعلم.

---

[1] قال في كتابه الحجة على أهل المدينة : (إذا دفع الرجل إلى الرجل نخلاً مساقاة ،واشترط عليه أن رقيقاً بأعيانهم مسمَّين معلومين يعملون معه من رقيق صاحب المال ،كانوا يعملون في ذلك النَّخل يوم ساقاه، أو كانوا يعملون في غيره ،أو لم يكونوا يعملون في شيء، فانّ هذا جائز كلُّه في جميع ما اشترط).١٧٨/٤.

ولم أجد في كتب الحنفية التي اطلعت عليها من نقل عنه اشتراط تقدير النفقة .

ونقله عنه العمراني في البيان، ٢٦٧/٧،وأبو بكر الصردفي في المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٧٥/٢.

[2] انظر/ المرجع السابق .

[3] انظر/ التنبيه ص٩٧-٩٨،الوجيز ١٥٧/١.

[4] انظر/ البيان ٢٦٧/٧.

[5] انظر/البيان ٢٦٧/٧، فتح العزيز ٦٤/٦-٦٥،الروضة ١٥٥/٥،مغني المحتاج ٣٢٧/٢.

بـــــاب

قال المزني رحمه الله : ((هَذِهِ [1] مَسَائِلُ أَجَبْــتُ فِيــهَا عَلَــى مَعْنَــى قَوْلِــهِ وقِياسِهِ. [2]

قَالَ الْمُزَنِيُّ رحمه الله: مِنْ [3] ذَلِكَ لَوْ سَاقَاهُ عَلَى نَخْلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً ،عَلَــى أَنْ يَعْمَلا فِيهَا جَمِيعَاً، لَمْ يَجُزْ [4]فِي مَعْنَى قَوْلِهِ ،قِيَاساً عَلَى الْمُضَارَبَةِ ،يَعْمَلان فِــي الْمَالِينِ، [5] جَمِيعَاً ، فَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّه أَعَانَهُ مَعُونَــةً مَجْهُولَــةَ الْغَايَــةِ بَــأُجْرَة مَجْهولَةٍ)) [6] .

وهذا كما قال.

إذا ساقاه وشرط أن يعمل معه ربُّ المال نظر :

فإن شرط أن يعمل العمل الذي على ربِّ المال من سدِّ الحيطان ،وشق الأنهار ،ونحــو ذلك كان تأكيداً لما يقتضيه الإطلاق. [7]

وإن شرط أن يعمل معه العمل الذي على العامل لم يصح ذلــك ،وكــان العقــد فاسداً [8] ،كما لو شرط عى المقارض في القراض العمل مع المال. [1]

---

[1] في المختصر المطبوع (وهذه) .

[2] في المختصر المطبوع زيادة (وبالله النوفيق).

[3] في المختصر المطبوع (فمن) .

[4] من قوله (لَمْ يَجُزْ...إلى قوله...فِيْهَا جَمِيْعاً) ساقط من ب.

[5] في المختصر المطبوع (المال) .

[6] مختصر المزني ص ١٣٦.

[7] وقد تقدم ذلك ص٦٨١.

[8] اختلف الشافعية في علة بطلانه .فذهب المزني :إلى أن العلة فيه اشتراكهما في العمل مع اختلافهما فيــه يفضي إلى جهالة ما يستحق العامل على عمله ،والعمل المجهول لا تصح المعاوضة عليــه ،وهــذا التعليــل مدخول باشتراط عمل غلام رب المال-- فإنَّه يصح–مع أن عمله مخالف لعمل العامل كما يخــالف عمــل سيده .

وذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنَّ علة بطلانه: أنَّه إذا شرط عمل رب النخل صار مستحقّاً للعوض علــى عمله وعمل غيره فبطل ،وهذا مدخول بمثل ما دخل به تعليل المزني .

[١٠٧] مسألة

قال رحمه الله : ((وَلَو سَاقَى [٢] عَلَى النِّصْفِ عَلَى أَنْ يُسَاقِيَهُ فِي حَائِطٍ آخَرَ عَلَى الثُّلُثِ لَمْ يَجُزْ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، كَالْبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، [٣] وَلَهُ فِي الْفَاسِدِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ [٤])).

وهذا كما قال.

إذا كان له بستان فقال :ساقيتك في هذا بالنصف ،على أن أساقيك في البستان الآخر بالثلث، لم تصحَّ المساقاة؛[٥] لأنّهما عقدان في عقد، وذلك لا يجوز كما لو قال: بعتك هذا العبد بألف ،على أن أبيعك الآخر بألفين. [٦]

وذهب أبو على بن أبي هريرة إلى أنَّ العلة فيه :أن المساقاة ما تميز فيها ربُّ النخيل بالمال ،والعامل بالعمل ،فإذا شرط العمل على ربِّ المال فسدت ،كما لو شرط المال على العامل بطلت ،وهذا التعليل مدخول بما ذكرنا من عمل غلمان رب النخيل .

وذهب الماوردي في الحاوي على أنَّ تعليل بطلانه هو أنَّ اشتراط عمل ربِّ النخل فيها يقتضي لزوم ذلك ،والإنسان لا يلزمه العمل في ماله فصار هذا الشرط باطلاً.

فعلى اختلاف هذا التعليل لو شرط العامل عل ربِّ النخل جنساً من العمل معلوماً ،كالسقي أو التلقيح جاز على تعليل المزني؛ لانتفاء الجهالة عنه ،و لم يجز على تعليل ما سواه . الحاوي ٣٧٥/٧.

[١] وقد تقدم ص٥٠٧.

[٢] في المختصر المطبوع(ساقاه)

[٣] وفي المراد بالبيعتين في بيعة تأويلان ،نص عليهما في المختصر في باب البيع بالثمن المجهول وبيع النجش ونحو ذلك.:-

الأول : أن يقول بعتك هذا العبد بألف نقداً أو بألفين إلى سنة .

والثّاني :أن يقول لقد بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف .

انظر/ مختصر المزني ص٩٨،المهذب ٢/٢٠-٢١،الروضة ٣/٣٩٩.

[٤] مختصر المزني ص ١٣٦ وفيه(أجر مثله في عمله)

[٥] انظر/ الحاوي ٣٧٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٣،البيان ٢٥٩/٧،فتح العزيز ٦٢/٦،الروضة ١٥٣/٥.

[٦] اختلف الشّافعيّة صحة هذا التشبيه في الصورة والمعنى .

-فذهب أبو على الطبري إلى فساد هذا التشبيه ،وأنه في معنى بيع وشرط لا أنه في معنى بيعتين في بيعة .

١/٦

وإنّما لم يجز/ عقد البيعتين في بيعة لمعنيين:

أحدهما: أنّه إذا شرط عليه العقد الثاني فقد سامحه في العوض الذي سمّاه في الأول ،وجعل انتفاعه بالعقد الثّاني مكان المسامحة، وانتفاعه بالعقد الثّاني مجهول المقدار ،فيصير كأنّه عقد العقد بمعلوم ومجهول ،والعقد إذا شرط فيه عوض مجهول /لم يصح[1].

والثّاني: أنّه سامح في المسمّى :ليحصل له ما شرط ،وذلك الشّرط لا يثبت له ؛ لأنّه لا يلزم صاحبه أن يعقد معه العقد، ولا يجبر على قبوله ،وإذا سقط احتجنا أن نضمّ إلى [2] الذي سمّاه القدر الذي حصل في مقابلة الشرط، وذلك القدر مجهول ،والمجهول إذا أضيف إلى المعلوم صار كلُّه مجهولاً. [3]

فإذا ثبت أنّ العقد فاسد ،فإذا عمل العامل كانت الثّمرة لرب المال ؛ لأنّها تبع للأصول، وعليه أجرة المثل للعامل. [4]

وهكذا الحكم في كل مساقاة لم يسلّم ما شرطه ،وتعذّر عليه الرجوع إلى الذي سمّاه ،رجع إلى قيمته كما لو باع منه سلعة بيعاً فاسداً ،وسلّمها إليه فتلف في يده رجع عليه بقيمتها. [5]

=وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنّ تشبيه صحيح ،وأنّه كالبعتين في بيعة في المعنى والصورة ،انظر/ الحاوي ٣٧٦/٧.

[1] قوله (لم يصح)بداية ٨/ل/٣٦أ من ب .

[2] إلى :ساقط من ب.

[3] انظر/ الحاوي ٣٧٦/٧،المهذب ٢/ ٢٠-٢١.

[4] انظر/ الحاوي ٣٧٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٣،التهذيب ص١٤٩.

[5] انظر/ التنبيه ص٩٠،الروضة ١١/٣ :٤.

[١٠٨] مسـألـة

قال رحمه الله : ((**فَإِنْ سَاقَاهُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَلَى النِّصْفِ ، وَالآخَرُ نَصِيبَهُ عَلَى الثُّلُثِ جَازَ**)). [1]

وهذا كما قال.

إذا كانت النخيل بين اثنين فساقيا رجلاً ،وشرطا له عوضاً مختلفاً ،مثل أن يشرط له [2] أحدهما النِّصف والآخر الثُّلث جاز ذلك؛[3]لأنّ العقد مع الاثنين بمنزلة العقدين،[4] فهو كما لو أفرد كلّ واحد عقده معه ،ولو أفرد جاز له أن يشرط كيف شاء، فكذلك إذا جمعه مع عقد صاحبه ،وكذلك إذا أجَّر اثنان داراً لهما وشرطا أجرة مختلفة،[5] أو باعا داراً لهما،[6] أو قارضا رجلاً وشرطا له عوضاً مختلفاً .

وكذلك كلُّ عقد يقتضي عوضاً فإنّه يجوز مفاضلة العوضين فيه ،سواء كانت حصتاهما متساويتين، أو مختلفتين، إلا في الكتابة ،فإنّه إذا كان العبد بينهما نصفين لم يجز أن يكاتباه باختلاف العوض ،فيكاتبه أحدهما بمائة والآخر بخمسين؛[7] لأنّ ذلك يؤدِّي إلى أن ينتفع أحدهما بالكسب الذي هو حقٌّ لصاحبه . [8]

---

[1] مختصر المزني ص١٣٦.

[2] (له)ساقطة من ب.

[3] انظر/ الحاوي ٣٧٦/٧،البيان ٢٦٠/٧،فتح العزيز ٦٣/٦،الروضة ١٥٤/٥.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٤.

[5] انظر/ الحاوي ٣٧٧/٧.

[6] انظر/ المرجع السابق .

[7] وقيل فيه قولان مبنيان على ما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر .
أظهرهما :لا يصح .
وقيل: تبطل الكتابة قطعاً.
انظر/ المهذب ٣٨٣/٢،الروضة ٢٣٠/١٢.

[8] وبنحوه في الحاوي ٣٧٧/٧،المهذب ٣٨٣/٢.

مثال ذلك: أن يعطي أحدهما مائة والآخر خمسين ، ثُمَّ إنّه يفسخ الكتابة فيرجع الذي أخذ الخمسين على الذي أخذ المائة بخمسة وعشرين ؛ لأنّ كسبه بينهما بالسويَّة ،ويكون ذلك قد انتفع بخمسة وعشرين التي هي حقٌّ لصاحبه إلى أن استرجعها ،فلمَّا كان التفاضل في العوض يؤدّي إلى هذا لم يجز .

هذا كلُّه إذا علم العامل قدر حصَّة كلٍّ واحد منهما ،وكذلك إذا علم المشتري /أو المستأجر قدر حصَّة كلٍّ واحد منهما من الدَّار.

/٦

فأمَّا إذا / لم يعلم [١] كم قدر حصَّة كلِّ واحد منهما لم يجز [٢] ؛ لأنّه لا يدري كم نصيبه من الثَّمرة في الجملة؟[٣] لأنّه إن كان صاحب الأكثر هو الذي شرط له النِّصف توفَّر نصيب العامل ،وإن كان صاحب الأقلِّ هو الذي شرط له النِّصف ،كان نصيبه أقلَّ منه إذا كان صاحب الأكثر هو الذي شرط له النِّصف ،وإذا [٤] كان مقدار حصَّته يختلف باختلاف ذلك ،ولم يدر كم يحصل له في الجملة؟ لم يصحَّ.

وإذا [٥] عرف مقدار حصة كلٍّ واحد منهما ،عرف القدر الذي يخصُّه ؛ لأنّه إذا علمَ أنّ لأحدهما الثلثين، وشرط له النِّصف، وشرط له الآخر الثُّلث ،فقد علم أنّه حصل له في الجملة ثلث الجميع، وثلث ثلث الجميع ،وذلك أربعة أتساع الثَّمرة، [٦]

---

[١] قوله (لم يعلم) بداية ٨/ل/٣٦ب من ب .

[٢] انظر/ الحاوي ٣٧٧/٧،التهذيب ١٤٧،البيان/٧ ٢٦٠،فتح العزيز ٦٣/٦،الروضة ١٥٤/٥.

[٣] انظر/ الحاوي ٣٧٧/٧،البيان ٢٦٠/٧.

[٤] في ب (فإذا).

[٥] في ب (فإذا).

[٦] لأنّه يأخذ من صاحب الثلثين نصفها وهو ثلث جميع الثمرة .
ويأخذ من صاحب الثلث ثلثه وهو تسع جميع الثمرة .
ومجموع ذلك أربعة أتساع جميع الثمرة .

وإن كان قد شرط له صاحب الثُّلث النِّصف وصاحب الثلثين الربع [1] ، علم [2] أنّه حصل له ثلث الجميع . [3] [4]

وهكذا في البيع إذا قال أحدهما: بعتك نصيبي منها بألف ،وقال الآخر: بعتك نصيبي منها بألفين ،لم يجز إذا لم يعلم مقدار النصيبين ؛ لأنّه لا يدري كم القدر الذي اشتراه بالألف؟ وكم الذي اشتراه بالألفين؟ وكذلك في الإجارة على هذا.

فأمّا إذا ساقى رجل رجلين جاز ويكون بمنزلة العقدين، وله أن يشرط لهما على السويَّة ،وعلى الاختلاف. [5]

---

[1] الربع :ساقطة من ب.

[2] في ب (فقد علم).

[3] لأنّه يأخذ من صاحب الثلث نصفه وهو سدس جميع الثمرة .

ويأخذ من صاحب الثلثين ربعها وهو سدس جميع الثمرة أيضاً .

ومجموعها ثلث جميع الثمرة .

[4] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٥٤.

[5] انظر/ الإقناع لابن المنذر ٥٧٧/٢،الحاوي ٣٧٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٤،البيان ٢٦٠/٧.

[١٠٩] مسـألـة

قال رحمه الله : ((وَلَو سَاقَاهُ أَحدُهمَا [١] عَلَى حَائِطٍ فِيهِ أَصْنَافُ، مِنْ دَقَل [٢] ، وَعَجْوة [٣]،وَصَيْحَانِيّ [٤] عَلَى أَنّ لَهُ مِنَ الْدَّقَلِ النّصْفَ ،وَمِنَ العَجْوَة الثُّلُثَ ،وَمِنَ الْصيحَانيِّ الرُّبُعَ وَهُمَا يَعْرِفَانِ كُلّ صِنْفٍ كَانَ كَثلاثَةِ حَوَائِطَ مَعْرُوفَةٍ)) [٥] .

وهذا كما قال.

إذا ساقاه على بستان فيه أنواع: دَقَل ، وعَجْوَة ، وصَيْحَاني، وجعل له من الدَّقَل النِّصف ،ومن العَجْوَة الثُّلث ،ومن الصَّيْحَانيّ السدس ،فخالف على هذا الترتيب نظر : -

فإن كان يعلمان مقدار كلّ نوع منها، مثل: أن يعلما أنّ الدَّقَلَ عشرون نخلة ، والعَجْوَة مثلُها ،والصَّيْحَانيُّ مثلُها جاز ذلك. [٦]

---

[١] (أحدهما) ليس في المختصر المطبوع ص١٣٦.

[٢] الدَّقَل :بفتح أوله وثانية هو أردأُ التمر ،الواحدة دَقْلَةٌ،وقيل ضرب من النخل .

انظر/ القاموس المحيط ص٨٩٩، لسان العرب ٢٤٦/١١،المصباح المنير ص

[٣] العَجْوة: ضَرْبٌ من التَّمْر ويقال: هو نَوْعٌ مِن تَمرِ المدينة أكبرُ مِنَ الصَّيْحانيِّ يَضْرِبُ إلى السواد من غَرْسِ النَّبيِّ ﷺ . قال الجوهري: العَجْوَةُ ضَرْبٌ من أَجْوَدِ التَّمْرِ بالمدينة ونَخْلتُها تسمى لِينَةً. لسان العرب ٣١/١٥.

وانظر / القاموس المحيط ص١١٧٨.

[٤] الصَّيْحانيُّ: ضَرْبٌ من تمر المدينة؛ قال الأزهري: الصَّيْحانيُّ ضرب من التمر أسود صُلْبُ المَمْضَغَة، وسمي صَيْحانياً لأن صَيْحانَ اسم كبش كان ربط إلى نخلة بالمدينة، فأثمرت تمراً صَيْحانياً فَنُسِبَ إلى صَيْحانَ. لسان العرب ٥٢٢/٢

وانظر/ القاموس المحيط ص٢٠٩.

[٥] مختصر المزني ص١٣٦،وتمامه فيه (وإن جهلا أو أحدهما كلّ صنف لم يجز، ولو ساقاه على نخل على أن للعامل ثلث الثمرة و لم يقولا غير ذلك كان جائزًا ،وما بعد الثلث فهو لربّ النخل)

[٦] انظر/ الحاوي ٣٧٧/٧،بحر المذهب ٤/ل ١٥٤،الوجيز ٢٢٧/١، البيان ٢٦٠/٧،الروضة ١٥٣/٥.

وإن لم يعلما ذلك لم يجز،[1] كما إذا باع منه عبدين فقال: بعتك سالماً بخمسمائة ،وغانماً بألف، فإن كان يعلم من غانم منهما ؟ومن / سالم [2] جاز؟ ، وإن لم يعلم لم يجز. [3]

فأمّا إذا شرط له بالسويَّة من جميع الأنواع، مثل أن يقول: على أنّ لك النِّصف من كل واحد جاز؛ [4] لأنّه علم قدر حصّته من الجملة، وسواء علم مقدار كلّ نوع ،أو لم يعلم، [5] كما إذا قال: بعتك سالماً وغانماً بألف جاز ،وإن كان لا يعلم سالماً بعينه ،ولا غانماً.

---

[1] انظر/ المراجع السابقة.

[2] قوله (سالم)بداية ٨/ل/٣٧أ من ب.

[3] وذلك لأنّ من شروط البيع أن يكون المبيع معلوماً.
انظر/ الروضة ٣/٣٦٠.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٣٧٧، التهذيب ص١٤٧-١٤٨،بحر المذهب ٩/ل ١٥٤،فتح العزيز ٦/٦٢،الروضة ٥/١٥٣.

[5] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٥٤،البيان ٧/٢٦٠،فتح العزيز ٦/٦٢.

[١١٠] مسألة

/٦/ل

قال رحمه الله : ((وَلَو شَرَطَا [١] أَنَّ لِرَبِّ النَّخِيلَ [٢] الثُّلُثَ ، [٣] وَلَمْ يَقُولا /غَيْرَ ذَلِكَ كَانَ فَاسِدَاً انفصل إلى آخره)). [٤]

وهذا كما قال.

هذه المسألة قد ذكرناها في القراض، [٥] وقلنا :إذا شرط ربُّ المال للعامل قدر حصَّته ،وأطلق حصَّة نفسه جاز ؛ لأنّه يستحقُّه بالإطلاق فما عدا المشروط يكون لـه ،وإن شرط لنفسه وأطلق حصَّة العامل لم يجز ؛ لأنّ ما يثبت للعامل إنّما يثبت بالشرط.

فإذا لم يشرط له شيئاً لم يصحَّ العقد؛ [٦]لأنّها مساقاة من غير عوض شرط للعامل .
والله أعلم بالصَّواب.

---

[١] في المختصر المطبوع (وإن اشترطا).

[٢] في المختصر المطبوع(النخل)

[٣] في المطبوع (ثلث الثّمرة).

[٤] مختصر المزني ص ١٣٦، وتمامه فيه (لأنّ العامل لم يعلم نصيبه، والفرق بينهما أنّ ثمرة النخل لربّها إلا ما شرط منها للعامل ،فلا حاجة بنا إلى المسألة بعد نصيب العامل لمن الباقي، وإذا اشترط رب النخل لنفسه الثلث و لم يبين نصيب العامل من الباقي فنصيب العامل مجهول، وإذا جهل النصيب فسدت المساقاة)

[٥] في كتاب القراض ص٥٨٤.

[٦]وهو قول جمهور الشّافعيّة ،وصححه البغوي في التهذيب ص١٤٣.
وقال أبو العباس بن سريج ،وأبو العباس بن القاص ،أنّ المساقاة جائزة .
انظر/ الحاوي ٣٧٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٤،فتح العزيز ٥٩/٦-٦٠،الروضة ١٥١/٥

[١١١] مسـألـة

قال المزني رحمه الله: ((وَلَوْ كَانَتِ النَّخِيْلَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ،فَسَاقَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ،عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ ثُلُثِي [(١)] الثَّمَرَةِ مِنْ جَمِيعِ النَّخْل،ولِلآخَرِ الثُّلُثَ ،كَانَ جَائِزاً إلى آخر الفصل)) [(٢)] .

وهذا كما قال.

إذا كان بين اثنين نخيل، فساقى أحدهما صاحبه في نصيبه ،على أن يكون ثلثا جميع النّخل، [(٣)] وله الثُّلث جاز؛ [(٤)] لأنّه شرط الثُّلث من نصيبه ،وذلك جائز، فهو كما لو قال له : ساقيتك في نصيبي، على أن يكون لك الثُّلث والباقي لي . [(٥)]

وإن شرط عليه: أن يكون جميع الثّمرة بينهما نصفين لم يجز ؛ [(٦)] لأنّه يستحقُّ النِّصف من الثّمرة في غير مساقاة بحقِّ الملك، فإذا لم يشرط له أكثر من النِّصف فتلك مساقاة من غير عوض، وذلك لا يصحُّ. [(٧)]

---

(١) في المختصر المطبوع (ثلث) ،والصحيح المثبت في المخطوط .

(٢) مختصر المزني ص ١٣٦ ،وتمامه فيه (لأنَّ معناه أنه ساقى شريكه في نصفه على ثلث ثمرته، ولو ساقى شريكه على أن للعامل الثلث ولصاحبه الثلثين لم يجز، كرجلين بينهما ألف درهم قارض أحدهما صاحبه في نصفه فما رزق الله في الألف من ربح فالثلثان للعامل ،ولصاحبه الثلث ،فإنما قارضه في نصفه على ثلث ربحه في نصفه، ولو قارضه على أن للعامل ثلث الرِّبح والثلثين لصاحبه لم يجز ؛لأن معنى ذلك أن عقد له العامل أن يخدمه في نصفه بغير بدل، وسلم له مع خدمته من ربح نصفه تمام ثلثي الجميع بغير عوض، فإن عمل المساقي في هذا، أو المقارض فالرِّبح بينهما نصفين ،ولا أجرة للعامل ؛لأنه عمل على غير بدل)

(٣) لعل هنا سقطاً تقديره (لصاحبه).

(٤) انظر/ الحاوي ٣٧٩/٧،التهذيب ص١٤٥،بحر المذهب ٩/ل ١٥٤،الروضة ١٥٣/٥،نهاية المحتاج ٢٥٣/٥.

(٥) انظر/ التهذيب ص١٤٥،فتح العزيز ٦٢/٦.

(٦) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٤، البيان ٢٦١/٧،فتح العزيز ٦٢/٦،الروضة ١٥٣/٥،نهاية المحتاج ٢٥٣/٥.

(٧) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٤،فتح العزيز ٦٢/٦.

وإن ساقاه على أن يكون للعامل الثُّلث من جميعها، وله الثلثان، لم يجز أيضاً ؛[1]لأنّه لم يشرط عوضاً. و لم يرض بذلك حتى شرط عليه لنفسه عوضاً من ماله، وذلك لا يجوز .

وهكذا في القراض إذا كان بينهما ألف درهم فقارض أحدهما صاحبه في نصيبه على أن يكون للعامل النِّصف[2] أو الثُّلث لم يصحَّ [3] لما ذكرنا.

إذا ثبت هذا : فإنّ عمل العامل كانت الثّمرة بينهما نصفين بحقِّ الملك [4] وهل للعامل أن يرجع عليه بأجرة المثل أم لا ؟

قال المزني رحمه الله: لا يرجع عليه بأجرة المثل [5] ؛ لأنّه رضي ببذل العمل من غير عوض.[6]

وقال أبو العباس:[7] له أجرة المثل [8] ؛ لأنّ عقد المساقاة موضوع لاقتضاء[9]العوض فهو، كما لو تزوّجها من غير مهر ثبت المهر لها. [10]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٤،التهذيب ص١٤٥،فتح العزيز ٦٢/٦.

[2] قوله (النِّصف)بداية ٨/ل/٣٧ب من ب.

[3] كما تقدم في رأس المسألة ،وانظر/ لتهذيب ص١٤٦.

[4] كما تقدم في رأس المسألة ،و انظر/الحاوي ٣٨٠/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٤.

[5] كما تقدم في رأس المسألة .

- وهو قول أبي إسحاق المروزي وجمهور الشّافعيّة ،قال البغوي في التهذيب (وهو الأصح)ص١٤٦.

وانظر/ الحاوي ٣٨٠/٧ ، بحر المذهب ٩/ل ١٥٤، الروضة ١٥٣/٥، مغني المحتاج ٣٢٧/٢، نهاية المحتاج ٢٥٣/٥.

[6] انظر/ الحاوي ٣٨٠/٧،البيان ٢٥٩/٧.

[7] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[8] انظر/ الحاوي ٣٨٠/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٤،فتح العزيز ٦٢/٦.

[9] في ب (لأخذ).

[10] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٤.

وكذلك إذا اشترى شيئاً بخمرٍ، أو خنـزيرٍ ،ثبـت لـه قيمـة المثـل إن تلفـت السلعة. [1]

وكذلك إذا قال: بعتك هذه السلعة بلا ثمن فتسلمها ،أو تلفت في يده، كان عليـه قيمتها [2] فكذلك هاهنا.

وإذا قلنا: بما قاله المزني رحمه الله : فالفرق بين المسألتين أنّ البُضْع لا يصح إباحتـه بغير عوض ؛فلذلك ثبت المهر لها ،وإن لم يذكر في النكاح ، وليس كذلك العمـل في مسألتنا ؛ لأنّه [يصحُّ] [3] التطوع به ،وبذله من غير عوض ،فإذا لم يشرط العـوض لم يثبت له . [4]

وأمّا البيع بالخمر والخنزير فقـد شـرط فيـه عوضـاً ،غـير أنّـه أخطـأ في التسمية ، فثبت له/ عوض المثل ،وفي مسألتنا لم يشرط عوضاً لنفسه بحال.

٦/ل/١٤٦أ

قال أبو علي بن أبي هريرة رحمه الله : [5] ولأنّه [6] قبض العين المبيعـة في البيـع فضمنها ،فإذا تلفت كان عليه [7] ضمانها [8] ،وفي مسألتنا ما قبض عينـاً حـتى يلزمه ضمانها. [9]

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٣٨٠.

[2] انظر/ الحاوي ٧/٣٨٠،بحر المذهب ٩/ل ١٥٤.

[3] في أ(لا يصح).

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٤.

[5] تقدمت ترجمته ص١٢٦.

[6] في ب (وله).

[7] في ب (عليه كان)

[8] في ب(ضمانها عليه).

[9] و لم أعثر على من نقل عنه هذا القول .

[١١٢] مسألة

قال : ((وَلَوْ سَاقَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ نَخْلاً [١] بَيْنَهُمَا سَنَةً مَعْرُوفَةً ،عَلَى أَنْ يَعْمَلا فِيهَا جَمِيعاً ،عَلَى أَنَّ لأَحَدِهِمَا الثُّلث وَللآخَرَ [٢] الثُّلُثَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِمُسَاقَاتِهِمَا مَعْنى ،فَإِنْ عَمِلا فَلأَنْفسهمَا عَمِلا، وَالثَّمَرُ بَيْنَهُمَا[نصفين] [٣])).

وهذا كما قال.

إذا كانت النخيل بينهما نصفين، فساقى أحدهما صاحبه على أن يعملا فيها جميعاً ،على أن يكون لأحدهما الثُّلث ،وللآخر الثلثان ،كان [٤] مساقاة فاسدة [٥] ؛ لأنّه قد شرط فيها العمل على ربِّ المال. [٦]

فإذا كانت الثَّمرة بينهما نصفين بحقِّ الملك ،وقد عمل كلٌّ واحد منهما في ملكه وملك صاحبه .

فعلى قول أبي العباس : [٧] [٨] يرجع كلٌّ واحد منهما على صاحبه بنصف أجرة /مثل [٩]عمله . [١٠]

---

[١] في المختصر المطبوع (على نخيل)ص١٣٦.

[٢] في المختصر المطبوع (والآخر)والصحيح المثبت في المخطوط .

[٣] [نصفين] زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٦.

[٤] في ب (كانت)

[٥] انظر/ الحاوي ٣٨٠/٧، التهذيب ص١٣٦،بحر المذهب ٩/ل ١٥٤-١٥٥،الروضة ١٥٣/٥.

[٦] انظر/ التهذيب ص١٣٦.

[٧] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[٨] وقد تقدم قوله في المسألة السابقة ص٦٩٦.

[٩] قوله (مثل)بداية ٨/ل/٣٨ أ من ب

[١٠] انظر/ الحاوي ٣٨١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،فتح العزيز ٦٣/٦.

وعلى قول المزني : [1] الذي شُرِط له الثلثان من الثَّمرة يرجع على صاحبه بنصف أجرة مثل عمله ،والذي شرط له الثُّلث لا يرجع على صاحبه بشيء [2] ؛ لأنّه رضي أن يعمل لصاحبه من غير عوض، فيحصل في ذلك وجهان. [3] والله أعلم بالصَّواب.

(1) المتقدم ص٦٩٦.

(2) انظر/ الحاوي ٣٨١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،فتح العزيز ٦٣/٦.

(3) وهما الوجهان المتقدمان ص٦٩٦.

[١١٣] مسـألـة

قال المزني رحمه الله : ((وَلَو سَاقَى رَجُلٌ [رَجُلاً] [١] نَخْلاً مُسَاقَاةً صَحِيحَةً فَأَثْمَرَتْ ثُمَّ هَرَبَ [الْعَامِلُ]،[٢]اكْتَرَى عَلَيْهِ الْحَاكِمُ مَنْ [٣] مَالِهِ مَنْ يَقُومُ فِي النَّخِيلِ [٤] مُقَامَهُ)) [٥] .

وهذا كما قال.

إذا ساقى رجلاً وهرب [٦] العامل لم تنفسخ المساقاة بذلك. [٧]

لأنّها من العقود اللازمة فلم تبطل بالهرب، كالبيع، ولإجارة، وغيرهما من العقود اللازمة . [٨]

ولأنّه لو صرَّح بالفسخ فقال: فسخت المساقاة لم تنفسخ،[٩] فإذا هرب أولى أن لا تنفسخ بالهرب. [١٠]

إذا ثبت هذا :فإنّ ربَّ المال يرفع أمره إلى الحاكم ،ويُثبت عنده أنّه ساقاه وهرب بعد لزوم العمل إيَّاه ، فإذا ثبت عنده ذلك بالبيِّنة بعث الحاكم في طلبه،

---

[١] [رجلاً] ساقطة من أ ،وهي في ب،والمختصر المطبوع.

[٢] [العامل] زيادة من المطبوع

[٣] في المختصر المطبوع (في)

[٤] في المختصر المطبوع(النخل)

[٥] مختصر المزني ص ١٣٦.

[٦] في ب (ثم هرب).

[٧] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،البيان ٧/ ٢٧٠.

[٨] انظر/ البيان ٧/ ٢٧٠.

[٩] لأنّه عقد لازم لا يجوز لأحدهما فسخه إلا أن يأذن صاحبه .

انظر/ المهذب ٢/ ٢٣٧،التهذيب ص١٦٠ .

[١٠] انظر/ البيان ٧/ ٢٧٠.

فإن لم يجده، وكان له مال ظاهر اكترى عليه من يقوم مقامه في العمل ؛ لأنّ ذلك حقٌّ لازم. [1]

وإن لم يكن له مال ،ووجد من يكتري للعمل في النخيل بأجرة مؤجَّلة إلى أجل يدرك فيه الثّمرة أكراه ،فإذا أدركت الثّمرة أعطي أجرته منها. [2]

وإن لم يجد من يكتريه على ذلك استقرض عليه من بيت المال، حتى يستأجر من ينوب عنه في العمل ،وإذا أدركت الثّمرة استوفى منها قدر القرض، وردّ إلى بيت المال . [3]

وإن لم يكن في بيت المال شيء ، أو كان فيه وهناك ما هو أهمُّ منه ،استقرض عليه من رجل من المسلمين ،واستأجر من ينوب عنه . [4]

وإن [5] لم/ يجد من يقرضه قال لربِّ النَّخيل: أنفق على النَّخيل بشرط أن ترجع على العامل من ماله ،فإن أنفق أخذ حقّه من الثّمرة . [6]

٦/ل/٤٦ب

وإن لم ينفق نظر :-

فإن كانت الثّمرة لم تخرج بعد فإنّه يفسخ العقد. [7]

وقال أبو علي بن أبي هريرة رحمه الله : [8] لا يفسخ ،ويساقي عليه إنساناً آخر عن العامل. [9]

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٨١/٧،التنبيه ص١٢٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،التهذيب ص١٦١،الوجيز ١ /٢٢٨،البيان ٢٧٠/٧.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،التهذيب ص١٦١،البيان٧/ ٢٧٠،الروضة ١٦١/٥.

[3] انظر/ الحاوي ٣٨١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،فتح العزيز٦/ ٧١

[4] انظر/ الحاوي ٣٨١/٧،المهذب ٢٤١/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،البيان ٢٧٠/٧.

[5] في ب(فإن لم يجد).

[6] انظر/ التهذيب ص١٦١،فتح العزيز ٧١/٦.

[7] وهو الصحيح .

انظر/ الحاوي ٣٨٢/٧،المهذب ٢٤١/٢،التهذيب ص١٦٢،البيان ٢٧١/٧.

[8] تقدمت ترجمته ص١٢٦.

[9] انظر/ المراجع السابقة .

وهذا غير صحيح ؛ لأنّ المسافاة إنّما تجوز إذا كان / من أحدهما [1] الأصول ،ومن الآخر العمل، والهارب لا أصل له فيها، فلم يصحَّ أن يساقي عنه [2]ذلك ،ويثبت له خيار الفسخ.

فإذا فسخ ردّ أجرة ما عمله. [3]

وإن كانت الثَّمرة قد ظهرت ،وبدا صلاحها بِيع من حصَّة العامل ، وأُنفق على العمل في النخيل. [4]

وإن [5] كان قبل بدوّ الصلاح لم يبع شيء من حصة العامل من غير ربّ النخيل بحال؛ [6] لأنّه لا يجوز إطلاق البيع في الثّمرة قبل بدوّ الصلاح ،وإذا [7] شرط القطع لم يصحَّ؛[8] لأنّ ربَّ المال لا يجبر على قطع نصيبه، ولا يمكن قطع قدر حصَّة العامل ؛ لأنّه مشاع في الجميع .

وأمَّا ربُّ المال فيجوز أن يبتاع منه حصَّة العامل على أحد الوجهين؛ [9]لأنّ الأصول ملك له ،فعلى هذا يبتاع حصَّة العامل، ويستأجر من يعمل في النخيل ،حتى تبلغ الثَّمرة وقت القسْمة ،فإن فعل فذاك .

---

[1] قوله (من أحدهما)بداية ٣٨/٨ ب من ب.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،البيان ٢٧١/٧.

[3] انظر/ المهذب ٢٤١/٢،التهذيب ص١٦٢.

[4] انظر/ الحاوي ٣٨١/٧،التهذيب ص١٦٣،بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،فتح العزيز ٧٢/٦.

[5] في ب(فإن).

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٥، البيان ٢٧١/٧-٢٧٢.فتح العزيز ٧٢/٦.

[7] في ب(فإذا)

[8] انظر/ المراجع السابقة.

[9] وهو أصح الوجهين .الروضة ١٦١/٥-١٦٢.

-وضعفه الشربيني في مغني المحتاج وقال (بل قال الزركشي : ما وقع في أصل الروضة هنا سبق قلم) ٣٣٠/٢.

وإن امتنع وقلنا: لا يجوز، أو كانت الثَّمرة لم تخرج بعد قلنا: انصرف فليس لك غيرها.[1]

هذا كله إذا رفع الحكم إلى الحاكم .

فأمَّا إذا لم يرفعه إليه، وأنفق بغير إذنه على العمل مع تمكنه من الدَّفع إليه، لم يكن له أن يرجع على العامل بشيء من ماله؛[2] لأنّه متطوِّع بذلك ،وما تطوّع به لم يرجع به .[3]

وإن[4] لم يكن هناك حاكم فأنفق بغير إشهاد، أو بإشهاد لكنه لم يشرط الرجوع، لم يرجع بذلك أيضاً .[5]

وإن أشهد وشرط الرجوع، فهل يرجع به أم لا ؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع به؛[6] لأنّ الحاكم لم يحكم له بذلك[7] .

والثَّاني: يرجع به؛[8]لأنّه مضطر إلى ذلك،[1]وهذا كما قلنا في مسألة الجمَّال إذا هرب ،وأنفق المكري على الجِمَال ،وسيجيء بيانه إن شاء الله.[2]

---

[1] انظر/ البيان ٧/٢٧٢.

[2] انظر/ الحاوي ٧/٣٨٢،المهذب ٢/٢٤١،الوجيز ١/٢٢٨-٢٢٩،الروضة ٥/١٦١.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٤١،البيان ٧/٢٧٢.

[4] في ب (فإن)

[5] انظر/ الحاوي ٧/٣٨٢،المهذب ٢/٢٤١،التهذيب ص١٧٢،البيان ٧/٢٧٢، الروضة ٥/١٦١،مغني المحتاج ٢/٣٣٠.

[6] انظر/ المهذب ٢/٢٤١،بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،فتح العزيز ٦/٧١.

[7] قال الشيرازي في المهذب (لا يرجع ؛لأنّه يصير حاكماً لنفسه على غيره ....) ٢/٢٤١.

[8] وهو الأصح ،وهذا ترتيب البغداديين للمسألة .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٥،البيان ٧/٢٧٢،فتح العزيز ٦/٧١،الروضة ٥/١٦١.

-وقال المسعودي في الإبانة إذا لم يجد قاضياً يرجع إليه فأنفق بنفسه فهل له الرجوع ؟ ثلاثة أوجه:

أحدها :لا يرجع ،كما لو وجد حاكماً فأنفق من غير إذنه .

[١١٤] مسـألـة

قال رحمه الله : ((فَإِنْ [٣]عَلِمَ مِنْهُ سَرِقَةً بِنخْلٍ [٤] وَفَسَاداً مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ وَيَكْـتَرِي [٥] عَلَيْهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ)) [٦] .

وهذا كما قال.

إذا ادَّعى ربُّ المال على العامل الخيانة في الثَّمرة ،وزعم أنّه سرق منها شيئاً لم تسمع دعواه ،وكان القول في ذلك قول العامل مع يمينه ؛ [٧] لأنّ الأصل عدم الخيانة .

فإن ثبتت الخيانة بإقراره، أو ببيِّنه ، أو يمين مع النكول ، /حكم عليه [٨] بذلك ،وألزمه قدر ما يخص ربَّ المال مما سرقه. [٩]

ثُمَّ ماذا يعمل بعد ذلك؟

ذكر المزني رحمه الله في موضع أنّه يكتري من يضمُّه إليه ويشرف عليه ،ولا ينزع المال من يده . [١٠]

والثّاني :يرجع ؛لأنّه معذور ،ولا سبيل له إلى غير ما فعل .

والثالث :إن أشهد رجع ،وإن لم يشهد لم يرجع .

الإبانة ل ١٦٧،البيان ٢٧٢/٧.

[١] انظر/ المهذب ٢٤١/٢،البيان ٢٧٢/٧.

[٢] في كتاب الإجارة ص٨٣٥.

[٣] في المختصر المطبوع (وإن).

[٤] في المختصر المطبوع (في النَّخل).

[٥] في المختصر المطبوع (وتكوري) .

[٦] مختصر المزني ص ١٣٦.

[٧] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،المهذب ٢٤٠/٢البيان ٢٦٩/٧،الروضة ١٦٣/٥.

[٨] قوله (عليه)بداية ٨/ل/٣٩ أ .

[٩] انظر/ الحاوي ٣٨٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٦.

[١٠] ذكره المزني في كتاب الجامع الكبير .البيان ٢٧٠/٧.

٦/ل/١٤٧أ

وقال في /موضع آخر: ينتـــزع من يده .[١]

وليست المسألة على قولين،[٢] وإنّما هي على اختلاف حالين .[٣]

فالموضع الذي قال: لا ينتزع المال من يده أراد إذا أمكـــن حفظـــه مـــن الخيانـــة والسرقة ،وكان ضعيفاً منتهباً ويكتري من يشرف عليـــه ،[٤] والكـــراء يكـــون من ماله.[٥]

والموضع الذي قال: ينتزع من يده أراد إذا لم يمكن حفظه من الخيانة ،بأن يكـــون جلداً قويّاً فتنـــزع من يده وتسلم إلى غيره ويقوم مقامه فيه،[٦] ويكون الكـــراء من ماله أيضاً .[٧]

---

[١] وهذا الذي قاله هنا كما تقدم في رأس المسألة.

[٢] ومن الشّافعيّة من قال المسألة على قولين .

انظر/ التهذيب ص١٦٣،فتح العزيز ٧٤/٦،الروضة ١٦٣/٥.

[٣] وهو قول الجمهور ،ويعود تقدير الحال إلى اجتهاد الحاكم ونظره .

انظر/ الحاوي ٣٨٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٦ ،فتح العزيز ٧٤/٦،الروضة ١٦٣/٥.

[٤] انظر/ المهذب ٢٤٠/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،البيان ٢٧٠/٧،فتح العزيز ٧٤/٦.

[٥] أي على العامل ،وهو المذهب ،وبه قطع الجمهور .الروضة ١٦٤/٥.

قال النووي : (قال المتولي تبنى على مؤنة الحفظ إن جعلناها على العامل فكذا أجرة المشرف وإن جعلناهـــا عليهما فكذا هنا).١٦٤/٥

وقال الغزالي في الوسيط : (أجرة المشرف على العامل إن ثبت خيانتـــه بـــإقراره أو ببينـــة وإلا فعلـــى المالك)١٨٤/٤.

[٦] انظر/ الحاوي ٣٧٢/٧،المهذب ٢٤٠/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٦.

[٧] انظر/ الحاوي ٣٨٢/٧،التنبيه ص١٢٢،البيان ٢٧٠/٧،الروضة ١٦٣/٥-١٦٤.

[١١٥] مسـألـة

قال رحمه الله : ((فَإِنْ [١] مَاتَ قَامَ [٢] وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ فَإِنْ أَنْفق رَبُّ النَّخِيْـلِ[٣] كَانَ مُتَطَوِّعاً [بِهِ]، [٤] وَيَسْتَوْفِي العَامِلُ شَرْطَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)) [٥] .

وهذا كما قال.

إذا مات أحد المساقيين لم تبطل المساقاة؛ [٦]لأنَّها عقد لازم، كالإجارة، والبيـع. [٧]

وينظر :-

فإن كان ربُّ النَّخل هو الذي مات قام وارثه [٨]مقامه ،ويجب على العامل العمل في النخيل ،كما كان يجب عليه حال حياة المساقي. [٩]

وإن كان العامل هو الذي مات [١٠]نظر: -

فإن عمل وارثه عمل النخيل، أو أقام من يقوم مقامه في العمل عليها فذاك ،وتكـون الثَّمرة بينهما على حسب ما شرطاه . [١١]

---

[١] في المختصر المطبوع (وإن).

[٢] في المختصر المطبوع (قامت)

[٣] في المختصر المطبوع (النَّحل) .

[٤] [به] زيادة من المطبوع .

[٥] مختصر المزني ص ١٣٦.

[٦] انظر/ الحاوي ٣٨٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،فتح العزيز ٧٣،فتح الجواد ٥٨٤/١.

[٧] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،البيان ٢٧٣/٧.

[٨] من قوله (قام وارثه ... إلى قوله الذي مات) ساقط من ب.

[٩] انظر/ الإقناع لابن المنذر ٥٧٧/٢،الحاوي ٣٨٣/٧،التهذيب ص١٦٤،فتـح العزيـز ٧٣/٦،الروضـة ١٦٢/٥.

[١٠] إذا وردت المساقاة على عينه انفسخت بموته كالأجير المعين ،وإن كانت وردت في الذمة .
فوجهان ،والصحيح لا تنفسخ كالإجارة .
انظر/ فتح العزيز ٧٣/٦،الروضة ١٦٢/٥،مغني المحتاج ٣٣٠/٢.

[١١] انظر/ الإقناع لابن المنذر ٥٧٧/٢،الحاوي ٣٨٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،البيان ٢٧٣/٧.

وإن امتنع عن ذلك فهل يجبر عليه أم لا ؟

من أصحابنا من قال: يجبر عليه؛[1] لأنّ العقد قد لزم في حقِّ موروثه، فلزمه في حقِّه أيضاً،[2] كما لو مات المستأجر، فإنّ حقَّ الإجارة ينتقل إلى وارثه ، [3] فكذلك هذا.

والذي ذكره المزني: [4] أنّه لا يجبر على ذلك ؛ [5]لأنّ عمل البدن إنّما وجب على موروثه ،وما وجب عليه فإنّه لا يطالب به وارثه، [6] كما قلنا فيه إذا استأجره للبناء ثُمَّ مات الأجير،[7] وإذا مات وعليه دين و لم يخلف تركة فإنّ ورثته لا يطالبون بقضاء حقّه، [8] فكذلك هاهنا.

ويفارق الإجارة ؛ لأنّ تلك المنافع إنّما هي منافع الدار صارت ملكاً للوارث ،كما تصير أعيان أمواله ملكاً له ،وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنّ هذا حقٌّ عليه فهو

---

[1] ونقله عنهم أبو حامد ،وصاحب التقريب.

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،البيان٧/ ٢٧٣،فتح العزيز ٧٣/٦.

قال عنه النووي في الروضة (وهو شاذ؛لأنّ منافعه لنفسه ،وإنّما يجبر على أداء ما على المورث من تركته) ١٦٢/٥.

[2] انظر/ البيان ٢٧٣/٧.

[3] انظر/ فتح العزيز ١٧٤/٦،الروضة ٢٤٥/٥.

[4] ذكره في الجامع الكبير.بحر المذهب ٩/ل ١٥٦.

[5] وهو الصحيح .

انظر/ الإقناع لابن المنذر ٥٧٧/٢،المهذب ٢٤١/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،البيان ٢٧٣/٧،فتح العزيز ٧٣/٦،الروضة ١٦٣/٥.

[6] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٥٦،فتح العزيز ٧٣/٦.

[7] كما سيأتي في كتاب الإجارة.

[8] انظر/ المهذب ٢٤١/٢.

كالدَّين، ولا يجبر الوارث على قضاء الدَّين إذا لم يكن تركة ،فكذلك/ لا يجبر [1]على العمل [2] .

إذا ثبت هذا :وقلنا :لا يجبر -وهو الصحيح- فإنّ الأمر فيه إلى الحاكم ؛ لأنّ ذلك حقّ على الميت، وهو نائب عنه في ذلك ،ويكون الحكم على ما ذكرنا في العامل إذا هرب وكان له مال ، [3] إلا أنّهما يفترقان في الاستقراض، فإنّه يجوز أن يستقرض على الهارب ؛ لأنّه يمكن الرجوع عليه بالحقِّ إذا رجع وفي مسألتنا لا يستقرض على الميت؛ [4] لأنّ الرجوع عليه تعذّر بموته،[5]وإنّما يستقرض ليردَّ بدله؛ فلهذا لم يجز الاستقراض عليه ، وإن لم تكن قد أثمرت فسخ العقد .

وإن أثمرت /باع ، [6] كما ذكرنا في هرب العامل ، [7] والله أعلم.

٦/ل

[1] قوله (لا يجبر) بداية ٨/ل/٣٩ ب من ب. .

[2] في ب (العامل).

[3] تقدم ص٧٠١.

[4] انظر/ الحاوي ٣٨٣/٧،المهذب ٢٤١/٢،التهذيب ص١٦٤،البيان ٢٧٣/٧،مغني المحتاج ٣٣١/٢.

[5] المهذب ٢٤١/٢،البيان ٢٧٣/٧.

[6] انظر/ المهذب ٢٤١/٢،التهذيب ص١٦٤،بحر المذهب ٩/ل ١٦٤.

[7] المتقدم ص٧٠٠.

[١١٦] مسـألــة

قال المزني رحمه الله : ((**وَلَوْ عَمِلَ فِيهَا العَامِلُ فَأَثْمَرَتْ، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَبُّهَا أَخَذَهَـــا وَثَمَرَتَــهَا،** [١] **وَلا حَـــقَّ عَلَيْـــهِ فِيمَـــا عَمِـــلَ فِيـــهَا العَـــامِلُ إلى آخر الفصل**)). [٢]

وهذا كما قال.

إذا ساقاه في نخيل، وظهرت ثمرها ،ثُمَّ خرجت مستحقّة بقيام البيِّنة على ذلك ،كـــان للمغصوب منه أن يسترجعها بثمرها؛ [٣]لأنّها عين ماله وقـــد نمـــت ،فكـــان لـــه استرجاعها بنمائها ،كالبهيمة المغصوبة إذا نتجت ،والجارية المغصوبـــة إذا ولـــدت ولداً . [٤]

فإذا استرجع ذلك لم يكن للعامل فيه حقٌّ ؛ لأنّه ليس له فيها عين مال، وإنّما له فيـها أثر ،ولا أجرة له عليه؛[٥] لأنّه عمل فيها بغير إذن منه، فـــهو في حقّــه كـالمتطوِّع بالعمل، [٦]وهذا كما نقول فيه إذا غصب غَزْلاً ثُمَّ استنسجه إنساناً فنســجه، ثُـمَّ استحقّه المغصوب منه، أخذ الثوب ولا حقَّ للناسج فيه ؛ لأنّ الذي له فيـــه أثـــر لا عين، ولا أجرة له عليه ؛ لأنّه نسجه بغير إذن منه، [٧] كذلك هذا.

---

[١] في المختصر المطبوع (وثمرها) .

[٢] مختصر المزني ص ١٣٦،وتمامه فيه (لأنّها آثار لا عين ،ورجع العامل على الدافع بقيمة ما عمـــل، فـــإن اقتسما الثمرة فأكلاها، ثم استحقها ربها رجع على كلّ واحد منهما بمكيلة الثمرة، وإن شاء أخذهـــا مـــن الدافع لها ورجع الدافع على العامل بالمكيلة التي غرمها، ورجع العامل على الذي استعمله بأجر مثله).

[٣] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٧،الوجيز ١/ ٢٢٩،فتح العزيز ٦/ ٧٥،الروضة ٥/ ١٦٤.

[٤] وقد تقدم ذلك في كتاب الغصب ص١٣٠-١٣١.

[٥] انظر/ المهذب ٢/ ٢٤١،التهذيب ص١٦٥،بحر المذهب ٩/ل ١٥٧،البيان ٧/ ٢٧٤.

[٦] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٧،البيان ٧/ ٢٧٤.

[٧] كما تقدم في كتاب الغصب ص١٦٨-١٦٩.

فإذا ثبت أنّه لا حقَّ له فيها ،ولا أجرة عليه ،فإنّه يرجع على الغاصب الذي ساقاه بأجرة مثله؛[1]لأنّه غرَّه. [2]

فإن قيل: هلَّا قلتم إنّه لا يرجع عليه بالأجرة ؛ لأنّ الثَّمرة قد خرجت من يدهما ،فهو كما لو هلكت؟ [3]

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنّها إذا هلكت فقد ذهبت عينها، وإذا استُحقّت فالعين باقية ،فجاز أن يثبت له الأجرة ؛ لأنّها باقية، ومع بقائها لا يصل إلى حقّه منها. [4]

والثَّاني: أنّ في تلك المسألة [5]كانت/ المساقاة [6] صحيحة ،فتعلّق حقُّه بعين الثّمرة وقد ذهبت ،فلم يتعلَّق بموضعٍ آخر ،وإذا كانت النخيل مستحقّة فالمساقاة فاسدة، وما تعلّق حقُّه بعينها فإنّما تعلق بذمّة من استعمله؛ [7] فلهذا جعلنا له الرجوع به. [8]

إذا ثبت هذا: فإن كانت الثّمرة على النخيل لم تُجَدُّ بعدُ استرجعها، [9] ويرجع بالأجرة على الغاصب . [10]

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٨٣/٧،المهذب ٢٤١/٢،التهذيب ص١٦٥،الوجيز ٢٢٩/١،البيان ٢٧٤/٧.

[2] انظر/ التهذيب ١٦٥.

[3] وهو وجه عند الشّافعيّة ،ولكن الصحيح الرجوع.

انظر/ الروضة ١٦٤/٥،فتح العزيز ٧٥/٦.

[4] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٥٧.

[5] وهي إذا هلكت الثمرة .

[6] قوله(المساقاة)بداية اللوحة ٨/ل/٤٠أ من ب .

[7] وهو الغاصب.

[8] وبنحوه في الحاوي ٣٨٤/٧.

[9] انظر/ المهذب ٢٤١/٢،التهذيب ص١٦٥،فتح العزيز ٧٥/٦.

[10] وقد تقدم إن في الرجوع وجهين .

وأمَّا إذا كانت [قد] [1] جُفِّفت ،فإن كانت لم تنقص بذلك وهي باقية استرجعها أيضاً ،وللعامل الرجوع على الغاصب بأجرة المثل. [2]

وإن كانت قد نقصت وجب قدر ما نقص له،[3] وله أن يغرِّمه من شاء منهما، على ما نرتِّبه في ضمان جميع القيمة. [4]

وأمَّا إذا كانا قد اقتسما الثَّمرة بعد التجفيف ،وأخذ كلُّ واحد منهما حصَّته وجبت له قيمتها، [5] وله أن يغرِّم الغاصب جميعها؛ [6] لأنَّه ضامن لأصول النخيل ،فكان ضامناً لنمائها .

وإذا غرَّمه الجميع رجع على العامل بالنصف ،ويرجع هو عليه بأجرة المثل.[7]

وإن أراد أن يغرِّم العامل :

فمن أصحابنا من قال: يغرِّمه/ الجميع أيضاً؛ [8]لأنّ الثَّمرة كلّها كانت في يده، فضمنها بحصولها في يده. [9]

٦/ل/١٤٨أ

وقال المزني رحمه الله : لا يُغرِّمه الجميع، وإنَّما يغرِّمه النِّصف، [10] وهو الصحيح؛[11]لأنّه هو القدر الذي تثبت عليه يده ، وأمَّا النِّصف الآخر الذي هو حصَّة

---

[1] [قد] زيادة من ب.

[2] انظر/ فتح العزيز ٦/ ٧٥،الروضة ٥/١٦٤.

[3] انظر/ المرجعين السابقين.

[4] وسيأتي في الصفحة التالية.

[5] انظر/ المهذب ٢/٢٤١،التهذيب ص١٦٥.

[6] انظر/ المهذب ٢/٢٤١،بحر المذهب ٩/ل ١٥٧.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٧.

[8] قال الروياني في بحر المذهب (وهو اختيار كثير من أصحابنا ،وهو الأقيس).٩/ل١٥٧.
وهو أصح الوجهين عند الجمهور.
انظر/ المهذب ٢/٢٤١،التهذيب ص١٦٦،البيان ٧/٢٧٤،فتح العزيز ٦/٧٥،الروضة ٥/١٦٤.

[9] انظر/ المهذب ٢/٢٤١،البيان ٧/٢٧٤.

[10] كما تقدم في رأس المسألة .

[11] ونقله عن المصنف الروياني في بحر المذهب ٩/ل ١٥٧ ،وصححه البغوي في التهذيب ص١٦٥.

الغاصب ،فلم تثبت يد العامل عليه [1] ، وإنّما كان يخدمه فيه كالأصول، لما كـــان عاملاً فيها ،ويده غير ثابتة عليها. [2]

فإن غرَّمه النِّصف إمَّا- لأنّه ليس لـــه أن يغرِّمـــه إلا بـــالنصف، أو قلنـــا يغرِّمـــه الجميع، ولكنه لم يجد ذلك- لم يرجع العامل على الغاصب بما غُرِّم من ذلك ،وإنّمـــا يرجع بالأجرة . [3]

وإن غرَّمه الجميع- وقلنا: له ذلك -رجع بالنصف على الغاصب بأجرة المثل . [4]

و انظر/ المهذب ٢/٢٤١،الوجيز ١/٢٢٩،البيان ٧/٢٧٤،فتح العزيز ٦/٧٥،الروضة ٥/١٦٤.

[1] في ب (عليه يد العامل).

[2] انظر/ المهذب ٢/٢٤١،بحر المذهب ٩/ل ١٥٧.

[3] انظر/ التهذيب ص١٦٦،بحر المذهب ٩/ل ١٥٧،البيان ٧/٢٧٥.

[4] وهو المذهب .

وفي وجه لا يرجع .

انظر/ التهذيب ص١٦٦-١٦٧، بحر المذهب ٩/ل ١٥٧، فتح العزيز ٦/ ٧٦، الروضة ٥/١٦٤.

[١١٧] مسـألـة

قال رحمه الله: ((وَإِنْ [١] سَاقَاهُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَقَاهَا مَاءَ [٢] سَمَاءٍ أَوْ نَهْرٍ فَلَـهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ سَقَاهَا بِالنَّضْحِ [٣] فَلَهُ النِّصْفَ كَانَ[هَذَا] [٤] فَاسِـداً ؛ لأَنَّ عَقْـدَ الْمُسَاقَاة كَانَ فَاسِداً [٥] وَالنصِيْبُ مَجْهُولُ، وَالعَمَلُ غَيْرُ مَعْلُومٍ، كَمِا لَو قَارَضَـهُ بِمَالٍ فَمَا رَبِحَ [٦] فِي البَزِّ [٧] فَلَهُ الثُّلُثُ ،وَمَا رَبِحَ فِـي القَمْـحَ [٨] فَلَـهُ النِّصْفَ ،فَإِنْ عَمِلَ كَانَ لَهُ أُجْرَة عَمَلِهُ [٩])). [١٠]

وهذا كما قال.

إذا ساقاه في/ نخيل [١١] على أنّه إن سقاها بماء السماء ،أو نهر فلـــه الثُّلـث ،وإن سقاها بالنَّضْح فله النِّصف كانت المساقاة فاسدة؛ [١٢] لأنّ العمل مجهول والعــوض

---

(١) في المختصر المطبوع (ولو).

(٢) في المختصر المطبوع(بماء) .

(٣) يقال نضح البعير الماء إذا حمله من نهر ،أو بئر لسقي الزرع فهو ناضح،ويقال نضح النَّخل إذا ســقاها بالسَّانية ،فقوله (فيما سقي بالنَّضْح)أي الماء الذي ينضحه الناضح .

انظر/ القاموس المحيط ص٢٢٢، المصباح المنير ص٢٣٣.

(٤) [هذا]زيادة من المختصر المطبوع .

(٥) [فاسد] ليست في المختصر المطبوع .

(٦) في المختصر المطبوع (على أن ما ربح)

(٧) في المختصر المطبوع (البر).

(٨) في المختصر المطبوع (البحر)

(٩) في المختصر المطبوع (مثله)

(١٠) مختصر المزني ص ١٣٧.

(١١) قوله (نخيل)بداية اللوحة ٨/ل/٤٠ب من ب.

(١٢) انظر/ الحاوي ٣٨٤/٧،المهذب ٢٣٩/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٨،البيان٧/ ٢٦٢.

مجهول، [1] وهذا كما لو قال: بعتك أحد هذين العبديـــن لم يصـــح ؛ لأنّ المبيـــع مجهول. [2]

فإذا ثبت أنّها فاسدة ،كان له أجرة المثل، والثمرة لصاحب النخيل. [3]

وكذلك نقول في القراض إذا شرط فيه مثل هذا الشرط كان باطلاً ،والرِّبح فيه لـربِّ المال ،وللعامل أجرة عمله. [4]

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٣٨٤،البيان ٧/٢٦٢.

[2] كما تقدم ص٦٩٣.

[3] انظر/ التهذيب ص١٤٨،بحر المذهب ٩/ل ١٥٨.

[4] انظر/ المرجعين السابقين .

[١١٨] مسـألـة

قال رحمه الله : ((وَإِنْ [١] اشْتَرَطَ الْدَاخِلُ [٢] أَنَّ أُجْرَةَ الأُجَرَاءِ مِنَ الثَّمَـرَةِ فَسَدَتِ الْمُسَاقَاةَ)) [٣] .

وهذا كما قال.

إذا ساقاه في نخيل فشرط العامل أن تكون أجرة الأُجَرَاء الذين يستأجرهم ويستعملهم في النخيل من جملة الثمرة لم يصحّ ذلك [٤] ؛ لأنّ العمل عليه، وإنّما يستحقُّ الثَّمرة به ،فإذا شرط من الثَّمرة أدّى ذلك إلى أن يأخذ ما شرط من الثَّمرة بغير عوض ،وذلك لا يجوز . [٥]

فإن قيل: فقد قلتم إنّه يجوز للمقارض أن يكتري على العمل في القراض من المال، [٦] فما الفرق بينهما؟

فالجواب: أنَّ العمل الذي على العامل في القراض من نشر الثوب، وطيِّه ،ونقد الثمن ،وتحصيله في كيسه ،وشدِّه، وختمه، وما أشبه ذلك لا يجوز له أن يستأجر عليه ؛ لأنّه يلزمه بإطلاق العقد، ولو شرط أن يكون ذلك من المال كان القراض فاسداً . [٧]

---

[١] في المختصر المطبوع (فإن).

[٢] المراد بالداخل العامل .

[٣] مختصر المزني ص١٣٧.

[٤] انظر/ الحاوي ٧/ ٣٨٥،بحر المذهب ٩/ل ١٥٨،البيان ٢٦٨/٧،فتح العزيز ٦٥/٦،الروضة ١٥٦/٥.

[٥] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ٥٨، البيان ٢٦٨/٧فتح العزيز ٦٥/٦.

- وعلله أبو إسحاق ؛قال (لأنّ الإجارة لا تصح إلا بأجرة معلومة ،إمَّا معيَّنة أو في الذّمة ،وهاهنا الأجرة مجهولة) .البيان ٢٦٨/٧.

[٦] كما تقدم ص٥٢٧.

[٧] كما تقدم ص٥٢٧.

فأمَّا ما يتولاه مثله بنفسه مثل النَّداء على / الثِّياب ،وحملــها علــى الحاسـار [1] ،والدُّكان [2] فذلك ليس يلزمه ؛ [3]فلهذا جاز أن يشرط من المال مؤونته .

وأمَّا في مسألتنا :فالعمل على العامل في النخيل، فإذا شرط أن تكون الأجـرة مـن الثَّمرة، كان ذلك خلاف مقتضى العقد ؛ لأنّه يأخذ حصَّته بغير عمل، فوزانه مـن مسألة القراض أن يشرط أن يكتري على الوزن، والنقد ،والقبض، وتحصيل الثمـن في الكيـس ،وشـدِّه، وتكـون أجرتـه في الرِّبـح وذلـك لا يجـوز. [4] والله أعلم [بالصَّواب] [5] .

---

[1] لم يتضح لي معنى هذة الكلمة.

[2] الدُّكَّان :واحد الدكاكين، وهي الـحوانـيت، فارسي معرَّب. لسان العرب ١٣/١٥٧.

[3] وبنحوه في التهذيب ص١٥٨.

[4] كما تقدم ص٥٢٧.

[5] [بالصواب] زيادة من ب .

[١١٩] مسـألـة

قال المزني رحمه الله : ((وَلَو سَاقَاهَ عَلَى وَدِيٍّ لِوَقْتٍ يَعْلَمُ أَنَّهَا [١] لا تُثْمِرُ لَـهُ لَمْ يَجُزْ)) [٢] .

وهذا كما قال.

إذا ساقاه على ودِيٍّ -وهو الفُسْلان من النخيل- [٣] ففيه/ **خمس**[٤] **مسائل:**

فالمسألة الأولى: إذا ساقاه على وديٍّ إلى مدَّة يتيقَّن أنَّها تثمر في مثلها، أو يغلب على الظَّن ذلك جاز؛ [٥] لأنَّ جميع شرائط المساقاة قد وجدت، وليس فيه أكثر من أن تطاول المدَّة ،وذلك جائز كما لو ساقاه سنين . [٦]

والمسألة الثَّانية: هو إذا ساقاه على الوَديِّ إلى مدَّة يعلم في مثلها أنَّها لا تثمر ،كانت المساقاة فاسدة ؛ [٧]لأنَّه لم يشرط فيها عوض العامل. [٨]

إذا ثبت هذا :فإذا عمل وأثمرت كانت الثَّمرة لربِّها ،وهل له أجرة المثل أم لا ؟ .

---

[١] في المختصر المطبوع (أنَّه لايثمر) .

[٢] مختصر المزني ص ١٣٧.

[٣] الوَدِيُّ :بكسر الدال المهملة ،وتشديد الياء على وزن ((فعيل))،صغار النَّخل ،ويسمى أيضاً الفسيل،الواحدة منه (وَدِيَّة) .

انظر/ تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٦،المصباح المنير ص٢٥١.

[٤] قوله (خمس)بداية ٨/ل/٤١أ من ب .

[٥] انظر/ الحاوي ٣٨٥/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٥٨، البيان ٢٥٥/٧الوجيز ٢٢٧/١،الروضة ١٥١/٥-١٥٢.

[٦] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٨،فتح العزيز ٦١/٦.

[٧] انظر/ المهذب ٢٣٨/٢،التهذيب ص١٣٣،فتح العزيز ٦١/٦،المنهاج مع مغني المحتاج ٣٢٦/٢.

[٨] انظر/ الحاوي ٣٨٥/٧،فتح العزيز ٦ /٦٠.

على قول المزني: [١] ليس له ذلك ؛ [٢]لأنّه لم يشرط لنفسه . [٣]

وعلى قول أبي العباس: [٤]له ذلك؛ لأنَّ بعقد المساقاة يقتضي العوض، كما قال في النِّكاح. [٥]

والمسألة الثَّالثة: هو إذا ساقاه على الوَدِيِّ إلى مدَّة تحتمل أن تثمر فيه ، ويحتمل أن لا تثمر فيه ،وليس أحد الأمرين بأغلب من الآخر ،ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛[٦]لأنّ ثمرة النَّخلة تحتمل أن تخلق ،وتحتمل أن لا تخلق ،وكذلك مال المضاربة يحتمل أن يربح فيه، ويحتمل أن لا يربح. [٧]

والثّاني: لا يجوز؛[٨] لمعنيين:

أحدهما: أنّ الأصل هاهنا عدم الثّمرة، فلا يزول عن ذلك الأصل المتيقَّن بالشَّك، [٩]ويفارق النَّخل؛ لأنّ غالب الحال فيها أنّها تثمر في كلِّ عام؛ فلهذا جاز.

---

[١] المتقدم ص٦٩٦.

[٢] وهو الأصح .

انظر/ التهذيب ص ١٣٣ ،فتح العزيز ٦٠/٦،الروضة ١٥١/٥ ،حلية العلماء ٣٦٩/٥،مغني المحتاج ٣٢٦/٢.

[٣] وبنحوه في الحاوي ٣٨٥/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٥٨، المهذب ٢٣٨/٢.

[٤] هو ابن سريج قدمت ترجمته ص١٨٧،وتقدم قوله المشار إليه ص٦٩٦.

[٥] انظر/ المهذب ٢٣٨/٢.

[٦] وهو قول أبي على بن أبي هريرة .

انظر/ الحاوي ٣٨٦/٧،المهذب ٢٣٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٨،الوجيز ٢٢٧/١،البيان ٢٥٥/٧، حلية العلماء ٣٦٩/٥.

[٧] انظر/ الحاوي٧/ ٣٨٦، بحر المذهب ٩/ل ١٥٨،مغني المحتاج ٣٢٦/٢.

[٨] وهو قول أبي إسحاق المروزي .

وهو أصح الوجهين .

انظر/ الحاوي ٣٨٦/٧، المهذب ٢٣٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٨، البيان ٧/ ٢٥٥،فتح العزيز ٦١/٦،الروضة ١٥٢/٥.

[٩] ونحوه في المهذب ٢٣٨/٢،فتح العزيز ٦١/٦.

والثاني: أنّ هذا غرر ؛ لأنّه لا يدري أتحصل الثّمرة ،أو لا تحصل ؟[1] والغرر يمنع صحّة العقد، كما قلنا فيه إذا شرط لنفسه مائة رطل منها،أو ثمرة نخلة بعينها ،والبلقي بينهما فإنّ ذلك لا يجوز؛ لما فيه من الغرر؛ [2]لأنّه لا يدري هل يحصل في ذلك الخراج زيادة على ما شرطه أم لا؟ فكذلك هاهنا.

إذا تقرّر الوجهان .

فإن قلنا :يصحُّ حمل العقد على صحّته في جميع أحواله ،فإن حصلت الثّمرة كانت بينهما، وإن لم تحصل ثمرة فلا شيء للعامل على ربِّ المال في مقابلة عمله. [3]

وإن قلنا: إنّها فاسدة، فإن حصلت ثمرة كانت لربِّها، وللعامل أجرة المثل ، وإن لم تحصل ثمرة كانت أجرة المثل أيضاً ؛ [4] لأنّه /ما دخل في العقد إلا بشرط العوض . [5]

٤٩/ل/٦

وأمّا المسألة الرّابعة: فهي إذا ساقاه على أن يكون / نصف [6] الوديِّ ونصف الثّمرة للعامل ،كانت المساقاة باطلة [7] ؛ لأنّ مقتضاها أن يشارك العامل ربَّ المال في الفائدة دون الأصل ،فإذا شرط المشاركة في الأصل كان ذلك مخالفاً لمقتضاه.

فإذا ثبت أنّها فاسدة: فالثّمرة لصاحب الأصل، والأجرة للعامل ؛لأنّه دخل بشرط العوض. [8]

والمسألة الخامسة: إذا كان الوديُّ مقلوعةً غير مغروسة ،فساقاه فيها بشرط أن يغرسها، كانت المساقاة

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٨.

[2] كما تقدم ص٦٧٣.

[3] الحاوي ٧/٣٨٦،التهذيب ص ١٣٤-١٣٥، بحر المذهب ٩/ل ١٥٨، البيان ٧/٢٥٦،الروضة ٥/١٥٢

[4] المراجع السابقة .

[5] وبنحوه في الحاوي ٧/٣٨٦، بحر المذهب ٩/ل ١٥٨ ،الروضة ٥/١٥٢.

[6] قوله (نصف) بداية ٨/ل/٤١ب من ب.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٨ ،فتح العزيز ٦/٦٠،الروضة ٥/١٥١ ،مغني المحتج ٢/٣٢٦.

[8] وهذا الحكم في كل مساقاة فاسدة كما تقدم ص٦٩٦.

باطلة؛ [1] لأنّه ساقاه على أصول غير ثابتة ،ومن شرط المساقاة أن تكون الأصـــول ثابتة ؛ [2]لأنّ المساقاة على الزَّروع لا تصحُّ مع أنّها ثابتة في الأرض ،فـــأولى أن لا تصحَّ في الغراس إذا كان مقلوعاً.

إذا ثبت هذا :فإنّ الثّمرة تكون لصاحبها ، وأمَّا العامل فهل تكون له أجرة المثـــل أم لا؟

نظر : فإن كان وقَّتَ وقتاً في مثلها يتمَّ فله الأجرة؛ [3] لأنّه شـــرط العـــوض ،وإن كان وقَّتَ وقتاً في مثله لا تثمر، فعلى قول المزني: لا أجرة له ، وعلى قول أبي العباس [4] له الأجرة . [5]

---

[1] وهو الصحيح وفي وجه :يصح ،وفي وجه يصح للحاجة.

انظر/ الحاوي ٣٨٦/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٥٨ ،الوجيز ٢٢٧/١،فتح العزيز ٦٠/٦، الروضة ١٥١/٥.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٨،البيان ٢٥٥/٧،مغني المحتاج ٣٢٦/٢.

[3] انظر/ فتح العزيز ٦٠/٦، الروضة ١٥١/٥، مغني المحتاج ٣٢٦/٢.

[4] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[5] المتقدم ص٦٩٦.

[١٢٠] مسـألـة

قال رحمه الله : ((وَإِنْ [١] اخْتَلَفَا بَعْدَ أَنْ أَثْمَرَتِ النَّخِيلُ [٢] عَلَى مُسَاقَاة صَحِيحَـةٍ فَقَالَ رَبُّ النَّخْيلِ: عَلَى الثُّلُث ،وَقَالَ العَامِلُ: [بَلْ] [٣] عَلَى النِّصْفُ تَحَالَفَا ، وَ كَانَ لَهُ أَجْرةُ [٤] مِثْلِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ كَانَ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ لَهُ [بِهَ] [٥] رَبُّ النَّخْـلِ،أَوْ أَقَلَّ [٦] ، فَإِنْ [٧] كَانَ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهما البَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ [٨] مَا ادَّعَاهُ [٩] سَـقَطَ وَتَحَالفَا[كَذَلِكَ أَيْضاً] [١٠])).

وهذا كما قال.

إذا اختلف العامل وربُّ المال بعد أن أثمرت النخيل في قدر ما شرط العامل ،فقـال ربُّ المال: الثُّلث ، وقال العـامل: النِّصـف، و لم يكـن لواحـد منـهما بينـة تحالفا ؛ [١١] لأنّهما متعاقدان اختلفا في قدر العوض المستحق بالعقد فوجب أن يتحالفا كالمتبايعين . [١٢]

---

[١] في المختصر المطبوع (لو).

[٢] في المختصر المطبوع (النَّخل).

[٣] [بل] زيادة من المطبوع.

[٤] في المختصر المطبوع (أجر).

[٥] [به]زيادة من المطبوع ص١٣٧.

[٦] في ب (أكثر).

[٧] في المختصر المطبوع (وإن أقام) بالواو ،وبدون (كان)ص١٣٧.

[٨] (أنْ)ليست في ب ،المختصر المطبوع ص١٣٧.

[٩] في المطبوع هكذا (على ما ادَّعى سقطتا ..) ص١٣٧.

[١٠] [كذلك أيضاً] زيادة من المختصر المزني المطبوع ص١٣٧.

[١١] انظر/ الحـاوي ٣٨٦/٧ ،التنبيـه ص١٢٢، بحـر المذهـب ٩/ل ١٥٩،الوجـيز ٢٢٩/١، البيـان ٢٧٥/٧،الروضة ١٦٥/٥.

[١٢] انظر/ الحاوي ٣٨٦/٧ ، المهذب ٢٤١/٢،البيان ٢٧٥/٧.

فإذا تحالفا ،وقلنا: إنّه ينفسخ على القولين بنفس التحالف، أو يُفسخ بعد ذلك ففسخ، كانت الثَّمرة لصاحبها ،وللعامل أجرة المثل. [1]

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر رُدَّت اليمين على الحالف ،وثبتت دعواه. [2]

وإن أقام أحدهما بيِّنة حكم له بها بما يدَّعيه. [3]

وإن أقام كلٌّ واحد منهما بيِّنة تعارضا ،وفي التعارض قولان:

أحدهما: تسقطان . [4]

فعلى هذا كأن لم تكن بيِّنة ويتحالفان [5] على ما ذكرنا. [6]

والثَّاني: تستعملان ،/وفي كيفيَّة [7] الاستعمال ثلاثة أقاويل:

أحدهما: يوقف الأمر.

والثَّاني: يقسم.

والثالث: يقرع بين البيِّنتين، فيقدم إحداهما بالقرعة. [8]

---

(1) انظر/ الحاوي ٣٨٦/٧،التهذيب ١٠٨،بحر المذهب ٩/ل ١٥٩.

(2) انظر/ الحاوي ٣٨٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٩،البيان ٢٧٥/٧،الروضة ١٦٥/٥.

(3) انظر/ التهذيب ص١٦٨،بحر المذهب ٩/ل ١٥٩،فتح العزيز ٧٦/٦،الروضة ١٦٤/٥.

(4) وهو الأظهر .

انظر/ التهذيب ص١٦٨،فتح العزيز ٧٦/٦،الروضة ١٦٤/٥.

(5) انظر/الحاوي ٣٨٦/٧، التهذيب ص١٦٨،فتح العزيز ٧٦/٦.

(6) كما تقدم في بداية المسألة.

(7) قوله (وفي كيفيَّة)بداية ٨/ل/٤٢أ من ب .

(8) وقد تقدمت هذه الأقوال ص٣١٦.

ولا يجـــيء هاهنـــا الوقـــف ؛ لأنّ عنـــد الشّـــافعيّ رحمـــه الله لا توقـــف العقـــود ،ولا يصـــحّ عنـــده عقـــد موقـــوف، [1]ولا تجـــيء القسمة أيضاً ؛ [2]لأنّ العوض والعقد لا ينقسم، [3] فلم يبق إلا الإقـــراع فيقـــرع بينهما . [4]

[1] انظر/ الحاوي ٣٨٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٥٩ ،فتح العزيز ٧٦/٦.

[2] انظر/ المراجع السابقة .

- وهو الأصح .

وقيل: تجئ القسمة في القدر المختلف فيه ،فيقسم بينهما نصفين .

انظر/ التهذيب ص١٦٨،البيان ٢٧٦/٧، فتح العزيز ٧٦/٦،الروضة ١٦٥/٥.

[3] انظر/ الحاوي ٣٨٦/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٥٩ ،البيان ٢٧٦/٧.

[4] انظر/ التهذيب ص١٦٨،بحر المذهب ٩/ل ١٥٩ ،البيان ٢٧٦/٧، فتح العزيز ٧٦/٦،الروضة ١٦٥/٥.

٦

[١٢١] مسألة

قال رحمه الله : ((وَلَو دَفَعَا نَخْلاً إِلَى رَجُلٍ مُسَاقَاةً ،فَلَمَّا أَثْمَرَت اخْتَلَفَا ، [١] فَقَالَ العَامِلُ: شَرَطْتُما لِيَ/ النِّصْفَ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ،وَأَنْكَرَ الآخَرُ ،كَانتْ [٢] لَهُ مُقَاسَمَةُ الْمُقِرِّ فِي نِصْفِهِ عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ وَيَتَحالَفَ [٣] هُوَ وَالْمُنْكِرُ وَلِلْعَامِلِ أَجْرَة مِثْلِهِ فِي نِصْفِهِ)) [٤] .

وهذا كما قال.

إذا ساقيا رجلاً في نخل بينهما نصفين، فلمَّا أثمرت اختلفا ؛فقال العامل : شرطتما لي النِّصف، فصدقه أحدهما، وكذَّبه الآخر، قاسم الذي صدَّقه نصيبه نصفين، فيحصل له ربع الثَّمرة . [٥]

وينظر: فإن كان عدلاً ،وشهد له على صاحبه بما يدَّعيه حلف معه. [٦]

وإن لم يشهد وقال: أنا شرطت لك النِّصف ،ولا أدري ما شرطه صاحبي ،أو كان فاسقاً تحالفا، [٧] ويكون حكمه مع الشَّريك الذي كذَّبه كالحكم في المسألة قبلها إذا اختلف المساقي والعامل، وقد مضى ذلك مشروحاً . [٨] والله أعلم بالصَّواب.

---

[١] في المختصر المطبوع (اختلفوا) .

[٢] في المختصر المطبوع (كان).

[٣] في المختصر المطبوع(وتحالف).

[٤] مختصر المزني ص ١٣٧.

[٥] انظر/ الحاوي٧/ ٣٨٧، التهذيب ص١٦١،بحر المذهب ٩/ل ١٥٩، فتح العزيز ٦/٧٦،الروضة ٥/١٦٥.

[٦] انظر المراجع السابقة.

[٧] انظر/ الحاوي ٧/٣٨٧،فتح العزيز ٦/٧٦.

[٨] كما تقدم ص٧٢١.

[١٢٢] مسألة

قال رحمه الله : ((وَلَوْ شَرَطَ مِنْ نَصِيبِ أَحَدَهِمَا بِعَيْنِهِ النِّصْفَ ،وَمِنْ [نَصِيبَ] [١] الآخَرِ [٢] بِعَيْنِهِ الثُّلث جَازَ فَإِنْ جَهِلَ [٣] ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ وَفُسِخَ فَإِنْ عَمِلَ عَلَى ذَلِكَ فَلَهُ أَجْرَةُ [٤] مِثْلِهِ والثَّمَرَةُ لِرَبِّهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)).

وقد تقدمت هذه المسألة مشروحة. [٥]

---

[١] [نصيب] زيادة من المختصر المطبوع .

[٢] في المختصر المطبوع (وإن جهلا).

[٣] في المختصر المطبوع(أجر).

[٤] مختصر المزني ص ١٣٧.

[٥] في باب القرا ض ص ٦٨٩-٦٩٠.

فصل

اختلف أصحابنا رحمهم الله في العامل: متى يملك حصته من الثَّمرة؟

على طريقين:

فمنهم من قال: كالقراض على قولين [1] :

أحدهما: يملكه بالظهور.

والثَّاني: لا يملكه إلا حين المفاصلة.

ومن أصحابنا من قال: يملكه بالظهور قولاً واحداً [2] .

والفرق بينهما أنّ الفائدة في هذه المسألة [3] لم تجعل وقاية للأصل، ولو أنّ النخيل نقصت لم تجبر الثَّمرة، وليس كذلك في المضاربة، فإنّ الرِّبح فيها جعل وقاية لرأس المال، فإنّه إن ذهب منه شيء جبر بالرِّبح.

إذا ثبت هذا.

وقلنا : إنّه يملكه [4] بالظهور، فإنّه ينظر :-

فإن كان حصَّة كلّ واحد منهما تبلغ خمسة أوسق، وجبت الزَّكاة على كلّ واحد منهما في حصَّته .

وإن كان لا يبلغ مجموعها خمسة أوسق لم تجب الزكاة فيه .

---

[1] كما تقدم في كتاب القراض ص٥٥٢-٥٧٨

[2] وهي مسألة المساقاة .

[3] والمذهب أنّ العامل يملك حصته بالظهور .

انظر/ المهذب ٢/٢٤٠،الروضة ٥/١٦٠.

[4] قوله (إنّه يملكه)بداية ٨/ل/٤٢ب من ب.

كتاب الإجارات [1]

الأصل في جوازه [2] الكتاب والسنَّة والإجماع والعِبْرة [3] .

فأمَّا الكتاب :فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[4]

فأحال الإجارة على الإرضاع،ونبَّه على جواز سائر الإجارات؛لأنّ اللبن يقلُّ ويكثر ،وشرب المولود يختلف؛ فيقلُّ ويكثر،فإذا جاز ذلك مع كثرة الغرر كان جوازه مع قلَّة الغرر أولى. [5]

واختلف/ أصحابنا فيه:

١٥٠/أ/٦

---

[1] سيأتي تعريف الإجارة في محله من كلام المصنف.

-ونصُّ ترجمة هذا الكتاب ومقدمته في مختصر المزني المطبوع هكذا: (مختصر من الجامع في الإجارة من ثلاثة كتب في الإجارة وما دخل فيه سوى ذلك.

قال الشَّافعيُّ رحمه الله: قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ . سورة الطلاق آية رقم(٦)وقد يختلف الرضاع فلما لم يوجد فيه إلا هذا جازت فيه الإجارة، وذكرها الله تعالى في كتابه وعمل بها بعض أنبيائه فذكر موسى عليه السلام وإجارته نفسه ثماني حجج ملك بها بضع امرأته، وقيل: استأجره على أن يرعى له غنماً فدل بذلك على تجويز الإجارة ومضت بها السُّنَّة وعمل بها بعض الصحابة والتابعين، ولا اختلاف في ذلك بين أهل العلم ببلدنا وعوام أهل الأمصار). ص ١٣٧ ،والمختصر مع الحاوي ٣٨٨/٧.

[2] في ب (جوازها).

[3] أي الاعتبار وهو القياس .

[4] سورة الطلاق آية رقم (٦).

[5] انظر/ الأم ٢٩/٤،مختصر المزني ص ١٣٧، أحكام القران ٢٦٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٥٩-١٦٠،البيان ٢٨٦/٧.

فمنهم من قال: تقع الإجارة على الحضانةِ [1] والخدمةِ،واللبنُ تابع؛ [2]لأنّ العين لا تملك بالإجارة ؛ولهذا لا تجوز إجارة البئر لاستسقاء مائها [3] ،ولا يجوز إجارة الشجرة لأخذ ثمرتها،ويجوز أن تُملك على طريق التَّبع، كما إذا استأجر داراً استعمل ماء البئر على طريق التَّبع . [4]

ومنهم من قال: تقع الإجارة على اللّبن [5] ؛لأنّه هو[6]المقصود بهذا العقد،ولا يجوز أن يكون المقصود تابعاً [7]، ويجوز أن يستباح به عين اللّبن للحاجة إليه. [8] [9]

---

[1] الحضانة :هي حفظ الصبي وتعهده ،بغسله ،وغسل رأسه ،وثيابه ،وخرقه ،وتطهيره من النجاسات ،ودهنه وكحله ،وإضجاعه في مهده ،وربطه وتحريكه في المهد لينام .التهذيب ٢٠٥،-٢٠٦،و انظر/ البيان ٣١٧/٧،الروضة ٢٠٨/٥.

[2] وهو اختيار الشيخ أبي حامد .
انظر/ التهذيب ص٢٠٦،البيان ٣١٨/٧،فتح العزيز ١٢٤/٦،الروضة ٢٠٨/٥،غنية الفقيه ص٣٧٣.

[3] انظر/ البيان ٣١٨/٧،فتح العزيز ١٢٤/٦،الروضة ٢٠٨/٥.

[4] انظر/ فتح العزيز ١٢٤/٦،الروضة ٢٠٨/٥.

[5] انظر/ التهذيب ص٢٠٦،البيان ٣١٧/٧،فتح العزيز ٩١/٦.

[6] أي اللبن .

[7] انظر/ البيان ٣١٨/٧،فتح العزيز ٩١/٦.
- وقالوا لأنّ الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ الطلاق آية [٦] فذكر الإرضاع ،و لم يذكر الحضانة ،والإرضاع إنّما ينصرف إلى اللبن دون الحضانة.البيان ٣١٧/٧-٣١٨.

[8] ومنهم من قال المعقود عليه كلاهما ،وهو الأصح .
انظر/ التهذيب ص٢٠٦،فتح العزيز ١٢٤/٦،الروضة ١٧٨/٥،٢٠٨.

[9] ويرى ابن القيم أن المستحق بعقد الإجارة الأعيان والمنافع وقال في مقام رده على القائلين أن إجارة الظئر على خلاف القياس (فبناء منهم على هذا الأصل الفاسد وهو أن المستحق بعقد الإجارة إنما هو المنافع لا الأعيان ،وهذا الأصل لم يدل عليه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس صحيح بل الذي دلت عليه الأصول أن الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع ،كالثمر في الشجر ،واللبن في الحيوان ،والماء في لبئر؛ ولهذا سوى بين النوعين في الوقف، فإنّ الوقف تحبيس الأصل =

ولأنّ أصل الإجارة إنّما أجيز للحاجة إليه [1] ،ويفارق استئجار الثمرة وبئر المـــاء؛ لأنّه لا حاجة إلى ذلك.

وأيضـاً قــول الله تعــالى: ﴿ قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ ۝٢٦ قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ﴾[2]

وروى ابن عباس رضي الله عنه أنّ النّبي ﷺ قال [3] : ((**أيُّ الأجلـــين قضـــى موسى**))؟ قال عليه السلام : ((**أتمّهما وأكملهما**)) [4] .وهذا يدلُّ علـــى جـــواز الإجارة؛لأنّ موسى عليه السّلام أجّر نفسه بأجرة ،وهي بُضع الزوجة. [1]

=

وتسبيل الفائدة، فكما يجوز أن تكون فائدة الوقف منفعة كالسكنى ،وأن تكون ثمرة، وأن تكون لبنـــاً كوقف الماشية للانتفاع بلبنها، وكذلك في باب التبرعات كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده، والعرية لمن يأكل ثمر الشجرة ثم يردها ،والمنيحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ،والقرض لمن ينتفع بالدراهم ثم يرد بدلها القائم مقام عينها ،فكذلك في الإجارة تارة يكريه العين للمنفعة التي ليست أعياناً، وتارة للعين التي تحدث شيئاً من بعد شيء مع بقاء الأصل كلبن الظئر ،ونقع البئر فإن هذه الأعيان لما كانت تحدث شيئاً بعد شيء مع بقاء الأصل كانت كالمنفعة ،والمسوغ هو ما بينهما من القدر المشترك وهـــو حـــدوث المقصود بالعقد شيئاً فشيئاً ،سواء كان الحادث عيناً أو منفعةً وكونه جسماً أو معنى قائماً بالجسم لا أثر له في الجواز والمنع مع اشتراكهما في المقتضى للجواز بل هذا النوع من الأعيان الحادثة شيئاً فشيئاً أحق بالجواز فإن الأجسام أكمل من صفاتها).إعلام الموقعين ٢/ ١٢.

[1] انظر/ فتح العزيز ٦/ ٩١.

[2] سورة القصص آية رقم ٢٦-٢٧.

[3] في ب (قيل له).

[4] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى مرفوعاً من حديث عكرمة عن بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: سألت جبرائيل عليه السلام أي الأجلين قضى موسى عليه السلام قال أتمهما وأكملـــهما ٦/ ١١٧.

وبنحوه الحاكم في المستدرك من طريقين وصححه،وتعقبه الذهبي في كل منهما ٢/ ٤٤٢.

=

وأيضاً قوله تعالى :﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥ [2] قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾[3]

فإن قيل: هذا وما قبله حكاية عن شرع من كان قبلنا؛ فلا حجَّة فيه.

قلنا: شريعة من كان قبل نبيِّنا ﷺ واجبة على أمَّته إلا أن يرد [النسخ][4][5]، فسقط السؤال.

=

وأخرجه البخاري في صحيحه موقوفاً على ابن عباس من طريق سعيد بن جبير قال : (سألني يهودي من أهل الحيرة أي الأجلين قضى موسى ؟قلت: لا أدري حتى أقدم على حبر العرب فأسأله فقدمت فسألت ابن عباس فقال قضى أكثرهما وأطيبهما إن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قال فعل) في كتاب الشهادات ،باب من أمر بإنجاز الوعد ٣٤٢/٥،برقم (٢٦٨٤).

- قال ابن حجر في الفتح (كذا رواه سعيد بن جبير موقوفاً وهو في حكم المرفوع؛ لأنَّ ابن عباس كان لا يعتمد على أهل الكتاب)٣٤٤/٥.

[1] انظر/ الأم ٢٩/٤-٣٠،الحاوي ٣٧٩/٧.

[2] قوله تعالى (فَأَقَامَهُۥ)بداية اللوحة ٨/ل/٤٣أ

[3] سورة الكهف آية رقم (٧٧).

[4] في أ (فينسخ).

[5] اتفق العلماء على أنَّ ما نقل إلينا من أحكام تلك الشرائع على ألسنة أصحابها وفي كتبهم ،لا يلزمنا العمل به بل لا يجوز ؛لأنَّها دخلها التحريف والتبديل لقوله تعالى ﴿ وَإِنَّ مِنْهُمْ لَفَرِيقًا يَلْوُۥنَ أَلْسِنَتَهُم بِٱلْكِتَـٰبِ لِتَحْسَبُوهُ مِنَ ٱلْكِتَـٰبِ وَمَا هُوَ مِنَ ٱلْكِتَـٰبِ وَيَقُولُونَ هُوَ مِنْ عِندِ ٱللَّهِ وَمَا هُوَ مِنْ عِندِ ٱللَّهِ وَيَقُولُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ [آل عمران:٧٨]

-واتفق العلماء أيضاً على أنَّ ما نقل إلينا من تلك الأحكام في شريعتنا – الكتاب والسنة – فإنَّه نقل صحيح وثابت لا شك فيه .وهو على ثلاثة أنواع :-

١-أن تنقل في شريعتنا ويقترن بها ما يدل على أنَّنا مكلفون بها وذلك كقوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة:١٨٣]

=

وأمّا السُّنة فما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النّبي ﷺ قال: (**أعطوا الأجير قبل أن يجفّ عرقه**)) [1] .

وعن أبي هريرة أيضاً عن رسول الله ﷺ قال: **قال ربُّكم تعالى** :((**[ثلاثة]** [2] **أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته** : [3] **رجل أعطى بِي عهداً ثمّ غدر،ورجل**

=

٢- أن ينقل في شرعنا ويقترن بها ما يدل على أنّها منسوخة في حقنا فهذه لا يلزمنا العمل بها وليست حجة في حقنا وذلك كقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا كُلَّ ذِى ظُفُرٍ وَمِنَ ٱلْبَقَرِ وَٱلْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ أَوِ ٱلْحَوَايَآ أَوْ مَا ٱخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ذَٰلِكَ جَزَيْنَٰهُم بِبَغْيِهِمْ وَإِنَّا لَصَٰدِقُونَ ﴾ [الأنعام:١٤٦]

٣-أن ينقل في شرعنا و لم يقترن بها ما يدل على نسخها ولا ما يدل على إقرارها هل هي شرع لنا أو لا؟ على قولين للعلماء :

أ- ذهب الحنفية والمالكية وقول للشافعية ،وأحمد في رواية ،أنّه شرع لنا وحجة يلزمنا العمل بها .

ب- وفي قول للشافعية ورواية عن الإمام أحمد :أنّه ليس شرع لنا .

انظر/ التقرير والتحبير ٤١١/٢، البرهان في أصول الفقه ٣٣٠/٢-٣٣١-٣٣٣، التمهيد لأبي الخطاب ٤١١/٢،الواضح في أصول الفقه ٣١٩/٢،شرح مختصر الروضة ١٦٩/٣، المنخول ص٣١٨.

[1] لفظ الحديث (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه).

أخرجه عن أبي هريرة الطحاوي في مشكل الآثار ١٤٢/٤.وأبو يعلى في مسنده ٣٤/١٢-٣٥.والبيهقي في السنن الكبرى ٢١/٦.وأبو نعيم في الحلية ١٤٢/٧.

قال في مجمع الزوائد (وفيه عبدالله بن جعفر بن نجيح والد علي بن المديني وهو ضعيف)٩٧/٤-٩٨.

وقد وروي الحديث عن عبد الله بن عمر،وجابر بن عبد الله ،وأنس .

والحديث صحيح .إرواء الغليل ٣٢٠/٥-٣٢٤.

و انظر/ نصب الراية ١٢٩/٤-١٣١، إرشاد الفقيه ٨١/٢،مصباح الزجاجة ٧٥/٣، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٨٦/٢.

[2] [ثلاثة] ساقطة من أ.

[3] قال ابن حجر في الفتح : (قال بن التين :هو سبحانه وتعالى خصم لجميع الظالمين إلا أنّه أراد التشديد على هؤلاء بالتصريح ،والخصم يطلق على الواحد وعلى الاثنين وعلى أكثر من ذلك وقال الهروي :الواحد بكسر أوله .وقال الفراء :الأول قول الفصحاء)٤٨٨/٤.

باع حراً وأكل ثمنه،ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفّه أجره)). [1]

وعن النَّبي ﷺ قال: ((**من استأجر أجيراً فليعلمه أجره**)) [2] .

وعنه عليه السلام قال: ((**مثلكم ومثل أهل الكتابين مثل رجل استأجر أُجَرَاء..))** الحديث [3] .ولا يضرب النَّبي ﷺ المثل إلا بما يجوز.

وأمَّا الإجماع: فما رُوي أنّ علي بن أبي طالب رضي الله عنه [4] **أنّه استقى ليهوديٍّ سِجَالاً كلَّ سَجْل** [5] **بتمرة))**. [1]

---

[1] أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إثم من باع حرًّا،٤/٤٨٧،برقم (٢٢٢٧).

[2] تقدم تخريجه ص٦٤٤.

[3] أخرجه البخاري من حديث ابن عمر في كتاب البيوع باب الإجارة إلى نصف النهار ٤/٥٢١،برقم (٢٢٣٨). وتمام الحديث (فقال: من يعمل لي من غدوة إلى نصف النهار على قيراط؟. فعملت اليهود ،ثم قال :من يعمل لي من نصف النهار إلى صلاة العصر على قيراط؟ فعملت النصارى ،ثم قال من يعمل لي من العصر إلى أن تغيب الشمس على قيراطين؟ فأنتم هم، فغضبت اليهود والنصارى فقالوا :ما لنا أكثر عملاً وأقل عطاء؟ قال هل نقصتكم من حقكم ؟ قالوا: لا، قال: فذلك فضلي أوتيه من أشاء).

[4] في أ (عليه السلام)قال ابن كثير في تفسيره (وأمَّا السلام فقال الشيخ أبو محمد الجويني من أصحابنا هو في معنى الصلاة فلا يستعمل في الغائب ولا يفرد به غير الأنبياء فلا يقال علي عليه السلام ،وسواء في هذا الأحياء والأموات ،وأمَّا الحاضر فيخاطب به فيقال :سلام عليك ،والسلام عليك، أو عليكم وهذا مجمع عليه انتهى ما ذكره) ٣/٤٩٥.

- وتخصيص علي بالسَّلام لم يرد،وإنَّما هو من فعل الرافضة ،وسريانه إلى أهل السنة فيه هضم للخلفاء الثلاثة قبله ولبقية الصحابة رضي الله عنهم أجمعين .

و انظر/ معجم المناهي اللفظية ص٣٤٨.

[5] السَّجْل:بفتح المهملة وسكون الجيم على وزن (فَلْس) الدَّلْو الضَّخْمَةَ المملوءةُ ماءً مُذَكَّر، وقيل :هو ملؤها، وقيل :إذا كان فيه ماء قل أو كثر والجمع سِجَالٌ و سُجولُ ،ولا يقال لها فارغةً سَجْلٌ ولكن دَلْو؛ وفي التهذيب ولا يقال له وهو فارغ سَجْلٌ ولا ذَنُوب. لسان العرب ١١/٣٢٥ انظر/ الغريب لابن سلام ٢/١٨٩،والنهاية في غريب الحديث ٢/٣٤٤، القاموس المحيط ص٩١٢،مختار الصحاح ص٢٨٧،المعجم الوسيط ١/٤١٨.

وروي أنّ أبا هريرة رضي الله عنه آجر نفسه من بنت غَزْوان. [2] [3]

---

[1] رواه عن علي ﷺ الترمذي في كتاب صفة القيامة والرقائق والورع بمعناه ،وبلفظ(دَلْو)بدل (سَحْل) وقال :حديث حسن غريب ٦٤٥/٤،برقم(٣٤٧٣).

وابن ماجة في سننه في كتاب الرهون ،باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلدة ،٨١٨/٢،برقم (٢٤٤٧).

والهيثمي في مجمع الزوائد ٣١٤/١٠.

ورواه عن ابن عباس رضي الله عنهما البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الإجارة باب جواز الإجارة ١١٩/٦.

وابن ماجة في سننه في كتاب الرهون ،باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلدة ،٨١٨/٢،برقم (٢٤٤٦).

قال ابن كثير في إرشاد الفقيه : (رواه أحمد والقاضي يوسف بن يعقوب بإسناد جيد قوي)٨٠/٢.
وضعفه الألباني في الإرواء ٣١٣/٥.
و انظر/ تلخيص الحبير ٦١/٣،نصب الراية٤/١٣٢.

[2] قال الحافظ :هي بُسْرة بنت غَزْوان التي كان أبو هريرة أجيرها ثم تزوجها وما رأيت أحدا ذكرها كذا في التجريد قلت هي أخت عتبة بن غزوان المازني الصحابي المشهور أمير البصرة وقصة أبي هريرة معها صحيحة وكانت قد استأجرته في العهد النبوي ثم تزوجها بعد ذلك لما كان مروان يستخلفه في إمرة المدينة. الإصابة ٥٣٧/٧.

[3] وهو يشير إلى ما حدث به أبو عمر حفص بن عمرو ثنا عبد الرحمن بن مهدي ثنا سليم بن حيان سمعت أبي يقول سمعت أبا هريرة يقول نشأت يتيماً وهاجرت مسكيناً وكنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعُقْبة رِجْلي أحطب لهم إذا نزلوا، وأحدو لهم إذا ركبوا ،فالحمد لله الذي جعل الدين قواماً وجعل أبا هريرة إماماً).

أخرجه ابن ماجة في كتاب الرهون باب إجارة الأجير على طعام بطنه ٨١٧/٢،برقم(٢٤٤٥).
و ابن حبان في صحيحه ١٦/١٠٠-١٠١،والهيثمي في موارد الظمآن ص٥٥٩، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الإجارة ،باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة ١٢٠/٦،وعبد الرزاق في مصنفه ٢١٥/٨،وأبو نعيم في الحلية ٢٨٠/١، وابن عاصم في الزهد ص١٨١.
قال في مصباح الزجاجة عن : (هذا إسناد صحيح موقوف)

وأنّ عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه استأجر أرضاً فلم تـــزل في يـــده إلى أن مات،وأوصى بأنّه استأجرها ،وأمر [1] بردّها على صاحبها، وما بقي عليـــه مـــن أجرتها. [2]

ولا يعرف [3] لهم مخالف في ذلك.

وأمَّا العبرة: فهو أنّ بالنَّاس حاجةً إلى منافع الظهور، [4] والمنازل ،والآدميـــين،ولا يجوز إجبارهم على بذلها من غير /عوض،فوجب أن يكون بدلها بعـــوض جـــائز،أو يكون ذلك بمترلة الأعيان . [5]

/٦

إذا ثبت هذا.

فإنّ الإجارة مشتقة من الأجر،والأجر ثواب العمل وعوضه؛ ولهذا سمى ما أثـــاب الله تعالى به عباده من الثّواب على أعمالهم أجراً . [6]

---

[1] في ب (فأمر).

[2] رواه مالك في الموطأ ٧١٢/٢، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الإجارة بـــاب جـــواز الإجـــارة ١١٩/٦.

[3] في ب (لا يعلم).

[4] جمع ظهْر:وهي الرِّكابُ التـــي تـــحمل الأثقال فـــي السفر لـــحملها إياها علـــى ظُهُورها. والظّهْر: الإبل التـــي يُحمل علـــيها ويُركب. يقال: عند فلان ظَهْر أي إبل.انظر /لسان العرب ٥٢٢/٤.

[5] انظر/ الحاوي ٣٩٠/٧،البيان ٢٨٨/٧،فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ٤٢٢/١.

[6] الإجارَة: من أجَر يَأْجِرُ، وهو ما أَعطيت من أَجْر فـــي عمل. و الأَجْر: الثواب؛ وقد أَجَرَه الله يأْجُرُه و يَأْجِرُه أَجْراً و آجَرَه الله إِيجاراً. و أْتَـــجَرَ الرجلُ: تصدّق وطلب الأَجر، والإجارة بكسر الهمزة هذا هو المشهور وحكى ضمها،وفتحها . .انظر/ تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٩، مغني المحتـــاج ٣٣٢/٢،لســـان العرب ١٠/٤.

أما تعريفها شرعاً.

فعرفها الشّافعيُّة بقولهم :(عقد على منفعة مقصودة، معلومة قابلة للبذل ،والإباحة بعوض معلوم)مغـــني المحتاج ٣٣٢/٢،و انظر/فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ٤٢٢/١، السراج الوهاج ص٢٧٨.

وعرفها الحنفية بقولهم: (عقد على المنافع بعوض)اللباب في شرح الكتاب ٨٨/٢.

=

والإجارة جائزة بإجماع الفقهاء ولا نعرف فيها خلافاً .[1]

إلا ما حُكي عن الأصمّ [2] بأنّه قال: لا تجوز؛ [3] لأنّ ذلك بيع ما لم يخلق فهو بمنزلة بيع ثمرة قبل خلقها، وبيع نتاج لم يخلق. [4]

/**وهذا غلط**[5]؛لما ذكرنا من الكتاب والسنة والإجماع والعِبْرة.

فأمّا الجواب عن قوله :إنّه بيع ما لم يخلق فينتقض بعقد النّكاح،وعقد القراض ،وعلى أنّ المعنى في الأصل [6] أنّه يجوز العقد عليه بعد وجوده فلم يجز قبله،ولا يجوز العقد على المنافع بعد وجودها؛لأنّ وجودها تلفُها وفناؤها ،فجاز العقد عليها قبل وجودها . [7]

وعرفها المالكية بقولهم: (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض). الشرح الكبير ٣٣٤/٥.

وعرفها الحنابلة بقولهم: (بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة ، أو موصوفة في الذمة ،أو في عمل معلوم)الإنصاف للمرداوي ٥/٦.

[1] انظر/ الأم ٣٠/٤، مختصر المزني ص ١٣٧،الإشراف لابن المنذر ٢١٠/١،الحاوي ٣٨٨/٧.

[2] تقدمت ترجمته ص٢٧٦

[3] انظر/ الحاوي ٣٨٨/٧،فتح العزيز ٨/٦،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٨٠/٢،رحمة الأمة ص٣٤٤.

[4] انظر/ الحاوي ٣٨٨/٧،البيان ٢٨٥/٧.

[5] قوله (وهذا غلط)بداية ٨/ل/٤٣ب من ب .

[6] وهو بيع ما لم يخلق.

[7] انظر/ الحاوي ٣٩٠/٧.

[١٢٣] مسـألـة

قال الشافعي رحمه الله : ((والإجَارَاتُ [١] صِنْفٌ مِنْ البيُوعِ؛لأنَّهَا تَمْلِيكُ مَنْ كُلٍّ [٢]وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَصَاحِبِهِ [٣]،وكَذَلِكَ [٤] تَمْلِيكُ الْمُسْتَأْجِرِ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي فِي الْعَبْدِ وَالدَّارِ وَالدَّابَّةِ إِلَى الْمُدَّةِ الَّتِي اشْتَرَطَ [٥] حَتَّى يَكُونَ أَحَقَّ بِهَا مِنْ مَالِكِهَا،ويَمْلِكُ بِهَا صَاحِبُهَا الْعِوَضَ، فَهِيَ مَنْفَعَةٌ مَعْقُولَةٌ ،مِنْ عَيْنٍ مَعْرُوفَةٍ ، [٦] فَهِيَ كَالْعَيْنِ الْمَبِيعَةِ)) [٧].

وهذا كما قال.

الإجارة نوع من البيوع؛ [٨] لأنَّ المنافع بمنزلة الأعيان [٩] ؛يدلُّ على ذلك أنّه يجوز تمليكها في حال الحياة ،وبعد الموت، وتضمن باليد والإتلاف، كالأعيان سواء والإجارة تمليكها بمال معيَّن مشاهد ،أو معلوم في الذِّمَّة كالبيع. [١٠]

---

[١] في المختصر المطبوع (فالإجارات،)

[٢] في المختصر المطبوع (لكل).

[٣] في المختصر المطبوع (من صاحبه)

[٤] في المختصر المطبوع (ولذلك)

[٥] في المختصر المطبوع (اشترطها)

[٦] في المختصر المطبوع (معلومة).

[٧] مختصر المزني ص ١٣٧ وتمامه (ولو كان حكمها بخلاف العين كانت في حكم الدَّين و لم يجز أن يكترى بدين؛ لأنّه حينئذ يكون دينًا بدين، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين . قال: وإذا دفع ما أكرى وجب له جميع الكراء كما إذا دفع جميع ما باع وجب له جميع الثمن، إلا أن يشترط أجلاً).

[٨] انظر/ الأم ٤/ ٣٠،الحاوي ٧/ ٣٩١،البيان ٧/ ٢٨٨.

[٩] انظر/ الأم ٤/ ٣٠،البيان ٧/ ٢٨٨.

[١٠] انظر/ الأم ٤/ ٣٠.

وتحرير ذلك: أنّه تمليك معلوم، بمال معلوم، فوجب أن يكون بيعاً ،قياساً على بيـــع العين،وليس إذا اختصَّ باسم الإجارة لم يكن بيعاً ،كما أنّ السَّــلم والصَّــرْف [1] والصلح والكتابة بيوع،وإن اختصَّ كلٌّ واحد منهما باسم ؛[لاختصاصه] [2] بمعنى لا يشاركه فيه غيره،والله أعلم.

---

[1] انظر/ الأم٤/٣٢.

[2] في أ (الاختصاص)،والمثبت من ب.

فـــــصـــل

إذا تقرَّر ما ذكرناه،فإنّه لا يجوز لأحدهما فسخه لعذر من نفسه [(1)] .

[وقال أبو حنيفة :في المكري مثل قولنا ،وقال في المكتري :لـــه فســخه لعـــذر في نفسه] [(2)] مثل أن يكتري رجلاً ليحجَّ ثمَّ يمرض في وقت الخروج فلا يتمكَّـــن مـــن الركوب،أو يكتري دكَّاناً ليبيع فيه بزًّا [(3)] فيحترق بزّه، وما أشبه ذلك [(4)] .

واحتجَّ من نصره:

بأنّ العذر معنى تعذّر به استيفاء المنفعة المعقود عليها ،فوجب أن يثبت بـــه الفســـخ ،كمـــا إذا اســـــتأجر عبـــــداً فـــــأبق، فـــــإنّ للمكـــــتري أن يفسخ العقد.

وأيضاً فلو [(5)] ألزمناه العقد مع العـــذر الـــذي حـــدث بـــه لألزمنـــاه ضـــرراً / لم يتضَّمنه[(6)] العقد،وذلك لا يجوز، [(7)]كما لو استأجره ليقلع سِنَّه فـــهدأ الوجـــع وسكن الألم كان له فسخ العقد [(8)] فكذلك هذا.

ودليلنا:

[(1)] انظر/ الأم ٤/٣٥،الحاوي ٧/٣٩٣،بحر المذهب ٩/ل ١٦١،رحمة الأمة ص٣٤٤-٣٤٥.

[(2)] قوله[وقال أبو حنيفة :في المكري مثل قولنا ،وقال في المكتري :له فسخه لعذر في نفسه مثل]ساقط من أ.

[(3)] البَزُّ:بالفتح نوع من الثياب وقيل: الثياب خاصة من أمتعة البيت ،وقيل أمتعة التاجر من الثياب .المصباح المنير ص١٩.و انظر/ القاموس المحيط ص٤٥٣.

[(4)]انظر/ الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ص٤٣٨-٤٣٩، المبسوط ١٦/٢،بدائع الصنائع ٤/٥٣، الفتـــاوى الهندية ٤/٤٥٨.

[(5)] في ب (فإذا).

[(6)] قوله (لم يتضَّمنه)بداية ٨/ل/٤٤أ.

[(7)] انظر/ المبسوط ١٦/٢،بدائع الصنائع ٤/٥٣.

[(8)]انظر/ بدائع الصنائع ٤/٥٣،تبين الحقائق ٦/١٥٦-١٥٧.

٦/١/١١د

قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾.[١] وهذا عقد فوجب الوفاء به.[٢]

وقوله ﷺ : ((المؤمنون عند شروطهم)) .[٣]

---

[١] سورة المائدة آية رقم (١).

[٢] انظر/ الحاوي ٣٩٣/٧.

[٣] وقد روي الحديث عن أبي هريرة ، وعائشة، وأنس بن مالك ،وعمرو بن عوف .

أمَّا حديث أبي هريرة فيرويه كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة مرفوعاً: بزيادة .(والصلح جائز بين المسلمين).

أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب الصلح ٣٠٤/٣،برقم (٣٥٩٤).،والبيهقي في السنن الكبرى ٧٩/٦،وابن الجارود في المنتقى ص١٦١،والدارقطني في سننه ٢٧/٣ ،والحاكم في المستدرك ٥٦/٢،وابن حزم في المحلى ١٦٢/٨.

وكثير بن زيد ضعفه النسائي وقواه غيره .نصب الراية ١١٢/٤ ،فيض القدير ٢٧٢/٦،إرواء الغليل ١٤٣/٥.

قال ابن حزم في المحلى : (وهذا خبر مكذوب ؛لأنه إنما رواه كثير بن زيد ،وهو ساقط ومن هو دونه)٣٥٨/٨.

قال الألباني رحمه الله في الإرواء (فمثله حسن الحديث إن شاء الله تعالى ما لم يتبين خطؤه ،كيف وهو لم يتفرد به كما يأتي).١٤٣/٥.

وضعفه بهذا السند الحافظ بالتلخيص ٢٣/٣.

أمَّا حديث عائشة فيرويه عبد العزيز بن عبد الرحمن عن خصيف عن عروة عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً بزيادة ((ما وافق الحق))

أخرجه الدارقطني ٢٧/٣،الحاكم في المستدرك ٥٧/٢.

قال الحافظ في التلخيص (وإسناده واه)٢٣/٣.

وقال المناوي في فيض القدير: (قال ابن القطان قال أحمد: عبد العزيز أحاديثه كذب موضوعة ،وقال الذهبي في المهذب هو واه ،وقال ابن القطان خصيف ضعيف) ٢٧٢/٦.

وأمَّا حديث أنس فيرويه عبد العزيز المذكور عن خصيف عن عطاء بن أبي رباح عنه .

قال الألباني في الإرواء (وهذا إسناده ضعيف جداً)١٤٤/٥و انظر/تلخيص الحبير ٢٣/٣، فيض القدير ٢٧٢/٧.

=

ومن جهة المعنى :أنّه عقد معاوضة محضة يلزم في أحد الموضعين، فوجب أن يلـــزم في الطرف الآخر كالبيع .[1]

وقولنا: (معاوضة) احتراز من الرّهن؛لأنّه جائز من جهة المرتهن [2] ،ولكنّه ليـــس بمعاوضة.[3]

=

وأمّا حديث عمرو بن عوف فيرويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده مرفوعاً: بلفظ : (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً، والمسلمون على شـــروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً).

أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلـــح بـــين الناس .٣/٦٣٤-٦٣٥،برقم (١٣٥٢).

والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٧٩.والدارقطني في سننه ٣/٢٧.

قال الترمذي (هذا حديث حسن صحيح)٣/٦٣٥.

قال ابن حاتم في المجروحين : (كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني يروي عن أبيه عن جده روى عنه مروان بن معاوية وإسماعيل بن أبي أويس ،منكر الحديث جداً يروي عن أبيه عن جده نسخة موضوعة لا يحل ذكرها في الكتب ولا الرواية عنه ،إلا على جهة التعجب ،وكان الشّافعيُّ رحمه الله يقول كثـير بن عبد الله المزني ركن من أركان الكذب)٢/٢٢١-٢٢٢. و انظر/ الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي ٣/٢٣-٢٤،مصباح الزجاجة ١/٥٠،المغني في الضعفاء ٢/٥٣١،إرواء الغليل ٥/١٤٥.

-قال الألباني في الإرواء : (وجملة القول: أنّ الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغـيره ،وهي وإن كان في بعضها ضعف شديد ،فسائرها ،مما يصلح الاستشهاد به وله شاهد مرسل جيـــد ،فقال ابن أبي شيبة :نا يحيى ابن أبي زائدة عن عبد الملك هو ابن أبي سليمان عن عطاء عن النّـــبي ﷺ مرسلاً .ذكره الحافظ في ((التلخيص))،وسكت عنه ،وإسناده مرسل صحيح رجاله كلهم ثقات رجال مسلم).٥/١٤٥-١٤٦.و انظر/ تلخيص الحبير ٣/٢٣.

-قال الحافظ في تلخيص الحبير : (تنبيه: الذي وقع في جميع الروايات المسلمون بدل المؤمنون). ٣/٢٣

[1] انظر/ الحاوي ٧/٣٩٣.

[2] انظر/ المهذب ٢/٨٧،مغني المحتاج ٢/١٢٨.

[3] وإنما هو وثيقة لدين .

وقولنا: (محضة) احتراز من الكتابة؛لأنّها جائزة من جهة العبد [1] غير أنّها ليست بمحضة؛لأنّ القصد تحصيل العتق للعبد ،واكتساب الثّواب؛لأنّه يعقد على ماله بماله ،ولو شاء أمسكه فاستوفى كسبه. [2]

فإن قيل: هذا ينتقض بالنكاح فإنّه جائز من جهة الزوج [3] .

فالجواب :أنّ الطلاق [4] ليس بفسخ ،وإنّما هو إزالة للملك ،كما يعتق العبد فيزول ملكه بذلك،ولا يقال:إنّه فسخ للعقد على أنّا قلنا(محضة)،فالنكاح ليس بعقد معاوضة محضة؛لأنّه ينعقد بلا مهر ويقصد به الألفة والمصاهرة والنسب. [5]

وأيضاً: فإنّه عقد لازم لا يجوز فسخه لغير عذر، فلم يجز فسخه لعذر في غير المعقود عليه، كالبيع [6] ،وهذا العذر الذي اختلفنا فيه عذر في أحد المتعاقدين، وليس بعذر في المعقود عليه . [7]

وأيضاً :فإنّا أجمعنا [8] على أنّ المكري لو حدث به [9] مثل ذلك العذر فأكرى داره ليخرج إلى بلد آخر،ثم إنّه مرض أو سبقته القافلة فتخلّف لم يكن له أن يفسخ

---

[1] انظر/ التنبيه ص١٤٧،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٤/٥٢٨.

[2] انظر/ المهذب ٢/٣١٨.

[3] أي أنّ للزوج فسخ النكاح بالطلاق وليس ذلك للمرأة .

[4] الطلاق في الشرع :حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه .
انظر/ مغني المحتاج ٣/٢٧٩،السراج الوهاج ص٤٠٨.

[5] انظر/ المهذب ٢/٤٦٢.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٣٩٣.

[7] أمّا العذر الذي يكون في المعقود عليه كما لو استأجر داراً فوجدها منهدمة ،أو انهدمت بعد العقد ،كان لهما الفسخ على الصحيح،وسيأتي مزيد تفصيل في ص٧٥١.
انظر/ المهذب ٢/٢٦٢،رحمة الأمة ص٣٤٤.

[8] المراد بالإجماع هنا الاتفاق مع المخالف .

[9] في ب (منه).

الإجارة لذلك العذر، [1] كذلك المكتري؛لأنّ العقود مبنيَّة على التَّسوية بين المتعاقدين في الحقوق التي تثبت بها،فلو ثبت ذلك للمكتري لثبت للمكري مثله.

فإن قيل: إنّما لم يجعل للمكري الفسخ لذلك العذر ؛لأنّه يمكنه أن يكتري موضعاً آخر يسكنه إلى أن تنقضي مدّة الإجارة . [2]

قلنا: وكذلك في مسألتنا إذا مرض [3] أمكنه أن يستوفي المنافع ممن يقوم مقامه ،وهو أن يكريه إنساناً آخر،فكذلك هذا.

فأمّا الجواب عن قياسهم الأول فمن ثلاثة أوجه:

أحدها:/ أنّا لا نسلّم [4] أنّه، تعذّر استيفاء المنفعة بذلك؛لأنّه يمكنه أن يكريه إنساناً آخر ،كما يمكنه أن يبيع الدّابة إذا اشتراها للسفر فعرضت له علّه.

والثّاني: أنّه يبطل عليهم به إذا اشترى دابَّة ليركبها فمرض، أو اشترى نعلاً ليلبسها يوم العيد فترل المطر، أو لم يمكن المشي في النعل، فإنّه يتعذّر عليه الاستيفاء،ومع هذا لا يثبت له الفسخ.[5]

والثّالث: أنّ المعنى في الأصل وهو العبد الآبق أنّ ذاك العذر في المعقود عليه، كما لو اشترى عبداً فأبق، أو مرض قبل القبض ثبت له الخيار [6] ،وليس كذلك في

---

[1] انظر/ المبسوط ٣/١٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦١.

[2] انظر/ المبسوط ٣/١٦.

[3] مرض :ساقطة من ب .

[4] قوله (أنّا لا نسلّم)بداية ٨/ل/٤٤ب من ب.

[5] وذلك لأنّ البيع لازم لاينفسخ بالأعذار .

انظر/ الحاوي ٣٩٣/٧،بدائع الصنائع ٥٣/٤.

[6] كما تقدم أن التلف قبل القبض يثبت الخيار ص٧٣٨.

٦/ل/١

مسألتنا؛لأنّه عذر في /غير المعقود عليه فلم يملــــك بـــه الفســـخ، كمـــا قلنـــا في أصل علّتنا. [١]

وأمّا الجواب :عن قياسهم على قلع السِّنِّ فهو: أنّه إذا استأجره لقلع ضِرْسه، ثم هــدأ الوجع،فإنّه ينفسخ العقد [٢] كما لو استأجره ليخيط [له] [٣] ثوباً بعينه فاحترق الثّوب انفسخ العقد؛لأنّ العمل فات [٤] ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّ العمل مـــا فات،ويمكنه أن يقعد في الدُّكان ويتجر فيه تجارة أخرى،وإن كان الوجـــع لم يـــزل ،ولكِنَّه بداله [٥] من قلعه.

قلنا له: أنـــتَ بـــين أمريـــن إمّـــا أن تســـتعمله في قلـــع الضِّـــرْس ،أو تدفـــع إليه الأجرة . [٦]

فإن امتنع ومضت المدَّة التي أمكنه أن يستعمله فيها في القلع فلم يفعل استقرّت عليـــه الأجرة ،كما لو استأجر داراً شهراً و لم يسكنها حتى مضت المدة فإنّه يستحق عليـــه أجرة الشهر، فكذلك هاهنا يستحق عليه أجرة قلع الضِّرْس. [٧] والله أعلم.

---

[١] كما تقدم في ص٧٣٩.

[٢] انظر/ الحاوي ٣٩٤/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٦١.

[٣] [له] زيادة من ب

[٤] انظر/ الحاوي ٣٩٤/٧.

[٥] بَدَا بَدْواً وبُدُوّاً وبَداءً وبَدَاءَةً وبُدُوّاً.ظهر ،وبَدَا له في الأمر بَدْواً وبَدَاءً وبَداةً نشأ له فيه رأي. القاموس المحيط ص١١٣٦.

[٦] انظر/ الحاوي ٣٩٤/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦١.

[٧] انظر المرجعين السابقين .

[١٢٤] مسـألـة

قال الشّافعي رحمه الله : ((**وَكَذَلِكَ** [١] **يَمْلِكُ [الْمُسْتَأْجِرُ]** [٢] **الْمَنْفَعَةَ الَّتِي فِي الْعَبْدِ وَالدَّارِ وَالدَّابَّةِ إِلَى الْمُدَّةِ الَّتِي اشْتَرَطَ** [٣])) . [٤]

وهذا كما قال.

إذا عقد الإجارة لم يخلُ حال العوض من أربعة أحوال:

إمَّا أن يشترطا تعجيله ، أو تأجيله ، أو يطلقاه ، أو يشترطا تنجيمه.

فإن شرطا [٥]تأجيله كان مؤجَّلاً.

وإن شرطا تعجيله كان معجلاً.

وإن شرطا تنجيمه وهو أن يعيِّنا لكلِّ شهر قدراً تحلُّ [٦] عند مضيِّه كان منجَّماً.

وإن [٧] أطلقاه كان معجَّلاً . [٨]

وقال أبو حنيفة: لا يكـــون معجَّـــلاً،ويرجـــع الإطـــلاق إلى التـــأجيل وتَحِـــلُّ /الأجرة [٩]يوماً فيوماً. [١٠]

---

[١] في المطبوع (ولذلك).

[٢][الْمُسْتَأْجِرُ] زيادة من المطبوع.

[٣] في المطبوع (اشترطها).

[٤] مختصر المزني المطبوع ص ١٣٧.

[٥] من قوله (**فإن** شرطا ...إلى قوله ... شرطا تنجيمه)ساقط من ب .

[٦]تحلُّ :ساقط من ب.

[٧] في ب(فإن).

[٨]انظر/ الحاوي ٣٩٥/٧،التنبيه ص١٢٤،الاصطلام ١٩١/٤.

[٩]قوله (الأجرة)بداية ٨/ل/٤٥ أ من ب.

[١٠]انظر/ مختصر الطحاوي ص١٣٢،المبسوط ١٠٨/١٥-١٠٩،مختصر اختلاف العلماء ٩٠/٤-٩١.

وكان القياس يقتضي أن تحلّ جُزْءاً فَجُزْءاً ،أو ساعةً فساعةً،فكلمَّا يمضي جُزْء من المنفعة يحل جُزْء من الأجرة في مقابلته،ولكنّه يتعذّر فجعل يوماً فيوماً،فإذا مضى يوم كان له المطالبة [1] من الأجرة بقدر ما يقابل اليوم منها. [2]

وقال سفيان الثوري: [3] يتأجل إلى آخر المدة. [4]

واحتجَّ من نصر ذلك:

بقوله تعالى: ﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[5] فأمر بالإيتاء بعد الفراغ من الإرضاع،فدلَّ على أنّه يتأجَّل.

وقوله ﷺ : ((**أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**)). [6] [7]

ولأنَّ المنافع غير مملوكة؛لأنّها لم تخلق بعد ،وما لم يخلق بعد فإنّه لا يملك حتى يُخْلَق كالثمرة والحمل ،فإنّهما لا يملكان قبل الخلق. [8]

فإذا [ثبت] [9] ذلك.

قلنا: كل عقد لا يملك فيه العوض في أحد الطرفين وجب أن لا يملك فيه العوض في الطرف الآخر كالعقد الفاسد.

---

[1] المطالبة: ساقطة من ب .

[2] وبنحوه في المبسوط ١٥/١١١.

[3] تقدمت ترجمته في ص٢٨٤.

[4] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/٢٤٤.

[5] سورة الطلاق آية رقم (٦).

[6] تقدم تخريجه ص٧٣١.

[7] وجه الدلالة منه ،أنَّ النصَّ يقتضي الوجوب بعد الفراغ ؛لأنَّ العرق إنَّما يوجد بالعمل. الاختيار لتعليل المختار ٢/٦٦.

[8] انظر/ المبسوط ١٥/٢٠٩.

[9] [ثبت] ساقطة من أ .

ولأنّ المكري لو كان قد ملك الأجرة واستحقّها لكانت تستقرُّ له إذا قبضها ،وقد أجمعنا [1] على أنّها لا تستقرُّ إذا قبضها[2] ؛لأنّ الدار إذا انهدمت وجب ردُّ الأجرة. [3]

ودليلنا:/

أنّه عوض في عقد يتعجَّل إذا شرط تعجيله ،فوجب أن يتعجل إذا أطلق ،كالثّمر في البيع [4].

وأيضاً فإنّه عوض منفعة لم يشترط تأجيله ،فوجب أن يتعجَّل بمطلق العقد ،كالمهر في النكاح . [5]

فإن قيل: لا نسلّم أنّ المهر عوض منفعة؛لأنّه ليس في مقابلة الاستمتاع،وإنّما هو في مقابلة الاستباحة الحاصلة بالنِّكاح.

فالجواب: أنّ المهر في مقابلة الاستمتاع، ألا ترى أنّها إذا مكَّنت من نفسها وجب تسليم المهر إليها ؟وإذا لم تمكنه لم يجب تسليم المهر إليها [6] ؟ولو كان ذلك في مقابلة الاستباحة لوجب تسليمه إليها،وإن لم يمكن الاستمتاع [7] ؛لأنّ الاستباحة حاصلة مع ذلك.

---

[1] المراد بالإجماع الاتفاق مع المخالف .

[2] انظر/ مختصر اختلاف العلماء: ٩١/٤.

[3] وهو الصحيح عند الشّافعيّة كما سيأتي في ص٧٥١.

[4] انظر/ الحاوي ٣٩٦/٧،التهذيب ص١٧٩،الاصطلام ١٩١/٤،البيان ٣٣٢/٧.

[5] انظر/ التنبيه ص١٦٦،مغني المحتاج ٢٢٣/٣.

[6] قوله (وإذا لم تمكنه لم يجب تسليم المهر إليها) ساقط من ب.

[7] وبنحوه في الحاوي ٣٩٦/٧،الاصطلام ١٩٦/٤-١٩٧.

وأيضاً فإنّه إذا قبض الدّار المستأجرة فهو قبض تعلّق به جواز التّصُّرف في المعقود عليه ،فجاز أن يتعلّق به استحقاق المطالبة كالبيع ، [1] ولا يلزم عليه إذا شرط التأجيل؛لأنّا علّلنا للجواز فلا /يلزم على [2] علّتنا أعيان المسائل.

وأيضاً فإنّ منافع الأعيان عند تسليم الأعيان بمنزلة الأعيان المقبوضة، والعقد عليها بمنزلة العقد على الأعيان الحاضرة،ألا ترى أنّه يجوز العقد عليها قبل أن تخلق؟ [3]وإذا قبض الأعيان المستأجرة كان له أن يكريها،[4] وتجوز إجارتها بأجرة مؤجَّلة ،فلو لم تكن بمنزلة الأعيان الحاضرة كان ذلك بيع الدَّين بالدَّين،والكالئ بالكالئ [5]و لم يجز ذلك العقد،[6] فلمَّا أجمعنا على جوازه دلَّ على ما ذكرنا.

وإذا ثبت أنّها بمنزلة الأعيان الحاضرة ،وجب تسليم الأجرة بتسليم العين المستأجرة ،كما يجب تسليم الثمن بتسليم المثمن. [7]

فأمّا الجواب عن الآية فمن وجوه:

---

[1] انظر/ البيان ٧/٣٣٢.

[2] قوله (يلزم على) بداية ٨/ل/٤٥ب من ب.

[3] وبنحوه في الحاوي ٧/٣٩٦،الاصطلام ٤/١٩٦-١٩٧.

[4] كما سيأتي في ص٧٧٩.

[5] أي النَّسيئة بالنَّسيئة وذلك أن يَشْتريَ الرَّجل شيئاً إلى أجل فإذا حَلَّ الأجَلُ لم يَجد ما يَقْضِي به فيقول بِعْنِيه إلى أجَلٍ آخر بزيادة شيء فيَبيعُه منه ولا يَجْرِي بينهما تَقابض يقال كَلأَ الدَّيْنُ كُلُوءًا فهو كالِئ إذا تأخَّر.النهاية في غريب الحديث ٤/١٩٤.

وانظر/ الغريب لابن سلام ١/٢٠،غريب الحديث لابن الجوزي ٢/٢٩٧،الفائق ٣/٢٧٣.

[6] انظر/ الأم ٤/٣٤،الحاوي ٧/٣٩٦،الاصطلام ٤/١٩٣،بحر المذهب ٩/ل ١٦٢.

[7] انظر/ الحاوي ٧/٣٩٦،الاصطلام ٤/١٩١.

أحدها: أنّ اللفظ يقتضي أنّ الإيتاء يجب إذا أرضعن،ولا يدلُّ على أنّه لا يجب قبل الإرضاع إلا من حيث دليل الخطاب،وأنتم لا تقولون به .

والثّاني: أنّا نحمله عليه إذا شرط تأجيل الأجرة.

والثّالث: أنّ الآية راجعة إلى ما قبل الإرضاع،والدَّليل عليه:

قوله تعالى: ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ [1] وإنّما يكون التعاسر قبل الفراغ من الرضاع،فإذا كان كذلك كان معنى قول ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ [2] فإن بذلن لكم الإرضاع [3] ،[كما] [4] قال الله تعالى﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾[5]وأراد به حتى يبذلوا الجزية عن يدٍ ،وهم صاغرون.

وأمّا الجواب عمّا احتجوا به من الخبر [6] فهو:

أنّه حجّة عليهم؛لأنّه إذا أخذ في العمل فقد عرق فينبغي أن يستحقّ التّسلُّم.

وعلى أنّ المراد به إذا كان مؤجّلاً . [7]

وجواب آخر:وهو أنّ النّبيَّ ﷺ إنّما قصد بذلك الحثّ على تقديم تسليم الأجرة/ ؛بدليل أنّه لا اعتبار بالعرق ولا بجفافه [8] ،[وإذا] [9] كان المراد به الحثّ على تقديم الأجرة لم يكن فبه دليل لهم.

/١٠١أ

---

[1] سورة الطلاق آية رقم (٦)

[2] سورة الطلاق آية رقم (٦)

[3] انظر/ الحاوي ٣٩٧/٧.

[4] [كما] ساقطة من أ.

[5] سورة التوبة آية رقم [٢٩].

[6] وهو قوله ﷺ ((**أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**))

[7] انظر/ الحاوي ٣٩٧/٧.

[8] انظر/ فيض القدير ٥٦٢/١

[9] في أ (إذا) بدون الواو .

وأمّا الجواب عن قياسهم على البيع الفاسد **فمن وجوه:**

أحدها: أنّ المنافع وإن كانت لم تخلق بعدُ فإنّها تجري مجرى المخلوقة المملوكة ؛بدليل أنّه / يجوز [2] عقد الإجارة عليها،[3] ولو لم يكن كذلك لم يجز العقد عليها قبل أن تخلق كما لا يجوز العقد على الثّمرة قبل أن تخلق وعلى النتاج قبل أن يخلق، ثم إنّه يبطل به إذا شرط التعجيل؛ فإنّه يملك الأجرة وإن كانت المنافع لم تخلق ولم تملك .[4]

ويبطل بالنّكاح؛لأنّ المرأة تملك الصداق،وإن كان الزّوج بعدُ ما ملك الاستمتاع بها[5]؛لأنّ الاستمتاع إنّما يملك بخروجه إلى الوجود شيئاً فشيئاً علىقولهم.

فإن قالوا: ذلك صار في معنى المملوك بالعقد.

قلنا: وهكذا المنافع صارت في معنى المملوكة بالعقد.

ثمّ المعنى في العقد الفاسد أنّه لا يملك به العوض،وإن شرط تعجيله، فلم يملك به إذا أطلق ،فليس كذلك في مسألتنا؛لأنّ الأجرة إذا شرط تعجيلها ملّكته [6] ،فكذلك إذا أطلقت.

وأمّا قولهم إنّه لو ملكها لاستقرّت له بالقبض فيبطل به إذا شرط التعجيل؛لأنّها لا تستقرُّ له،ويملكها،وكذلك المهر لا يستقرُّ لها وتملكه، [1]وكذلك على قولهم ثمن العبد المرتدّ والقاتل لا يستقرُّ ويملك. [2]

=

[1] في أ (إذا) بدون الواو .

[2] قوله (يجوز)بداية ٨/ل/٤٦أ من ب .

[3] انظر/ الاصطلام ١٩١/٤.

[4] انظر/المرجع السابق و الحاوي ٣٩٦/٧.

[5] انظر/ الحاوي ٣٩٦/٧.

[6] كما تقدم في رأس المسألة ص٧٤٤.

[١٢٥] مســــــألــة [٣]

إذا استأجر بأجرة معيَّنة جُزَافاً فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال: على قولين ،[٤] كما قلنـــــا في رأس المـــال في السَّـــلم إذا كـــان جُزافاً ؛لأنّ كلّ واحد من العاقدين يراعي بسلامة المعقود عليه. [٥]

ومنهم مــــن قـــال: يصـــحُّ قـــولاً واحـــداً [٦] ؛لأنّ المنـــافع تجـــري مجـــرى الأعيان؛فلهذا [٧] جاز العقد عليها قبل أن تخلق. ولو اشترى عيناً بثمـــــن جُزافـــاً مشاهداً صحَّ، فكذلك هذا . [٨]

وأمَّا القراض فلا يجوز أن يكون المال فيه جُزافاً بلا خلاف،وقد بيَّنَّا الفرق بينـــــهما فيما مضى، فأغنى عن الإعادة [٩] ،والله أعلم بالصَّواب.

=

[١] وذلك أنّه لو طلقها قبل الدخول ،بعد أن قبضت المهر ردت له نصفه .

[٢] انظر/ الاصطلام ٤/٢٠٠.

[٣] كذا في النسختين :ولعل كلمة (مسألة) هنا تصرف من النُّساخ ،وأنَّ محلها قبل قول الشافعي الآتي (فإن قبض العبد ...) والمناسب دنا أن يقول (فصل) أو (فرع)؟ لما جرت به عادة المصنف من الترجمـــة ((بالمسائل)) لكلام المختصر، وما يلحق به يترجم له بـــ(فصل)أو (فرع)إذا لا نص للمختصر هنـا. والله أعلم.

[٤] انظر/ الحاوي ٧/٣٩٢،التهذيب ص١٧٥،الوسيط ٤/١٥٥،البيان ٧/٣٣١،الروضة ٥/١٧٥.

[٥] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٦٢.

[٦] وهو المذهب .

انظر/ الروضة ٥/١٧٥،مغني المحتاج ٢/٣٣٤.

[٧] في ب (ولهذا).

[٨] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٦٢،البيان ٧/٣٣١،فتح العزيز ٦/٨٥.

[٩] تقدم ص٦٢٨.

[١٢٦] [مسـألـة] [1]

قال الشّافعي رحمه الله : ((فَإِن [2] قَبَضَ الْعَبْدَ فَاسْتَخْدَمَهُ، أَوْ الْمَسْكَنَ فَسَكَنَهُ ،ثُمَّ هَلَكَ الْعَبْدُ،وَانْهَدَ مَت [3] الدَّارُ [4] حَسَبَ [5] قَدْرُ مَا اسْتُخْدِمَ وَسُكِنَ فَكَانَ [6] لَهُ، رَدُّ [7] قَدْرَ [8] مَا بَقِيَ [9])).

وهذا كما قال.

إذا استأجر بهيمة أو عبداً وتلف المستأجَر لم يخلُ ذلك من أربعة أحوال:

إمّا أن يتلف [10] بعد مضيٍّ المدَّة ، أو عقيب العقد في يد المكري ، أو بعد مضيٍّ بعض مدة الإجارة.

فإن كان التلف بعد مضيٍّ المدَّة لم يؤثر ذلك في العقد[11]؛لأنَّه تلف بعد استيفاء المعقود عليه ،فهو كما لو باع منه سلعة وتسلَّمها ثم تلفت في يده/،فإنَّ ذلك لا يؤثِّر في البيع ،فكذلك هذا.

٣/ل/٦

[1] كلمة[مسألة]ليست في المخطوط،وصنيع المؤلف يقتضيها،ويراجع التعليق في رأس المسألة السابقةص٧٥٠

[2] في المختصر المطبوع (فإذا).

[3] في المختصر المطبوع (أو الهدم) .

[4] في المختصر المطبوع (المسكن).

[5] أي المختصر المكري .

[6] في ب (وكان).

[7] في المختصر المطبوع (ورد) .

[8] في المختصر المطبوع (بقدر).

[9] مختصر المزني ص١٣٧وتمامه (على المكتري كما لو اشترى سفينة طعامٍ كل قفيزٍ بكذا فاستوفى بعضًا فاستهلكه ثم هلك الباقي كان عليه من الثمن بقدر ما قبض ورد قدر ما بقي)

[10] قوله (يتلف)بداية ٨/ل/٤٦ب من ب.

[11] انظر/ الحاوي ٣٩٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٣.

وإن كان التلف في يد المكتري عقيب العقد انفسخ العقد [1] ؛لأنّ المعقود عليه قد تلف قبل القبض فهو ،كالسلعة المبيعة تتلف في يد البائع قبل القبض. [2]

وإن كان التلف عقيب القبض في يد المكتري انفسخ العقد.

وقال أبو ثور: [3] لا تنفسخ [4] ؛لأنّه تلف بعد القبض المستَحقِّ بالعقد، فهو كالمبيع إذا قبضه،ثمّ تلف. [5]

ودليلنا:

أنّ المنفعة تلفت قبل مضيِّ المدَّة ،فوجب أن ينفسخ العقد ،كما لو كان التلف في يد المكري قبل القبض. [6]

فأمّا الجواب عن قياسه على المبيع المقبوض فهو أنّ المنافع لم تُقبض؛لأنّها غير موجودة،وإنّما أجريت مجرى المقبوض في جواز التَّصرُّف حَسْبُ. [7]

فإذا تلفت قبل مضيِّ المدَّة فكأنّها تلفت في يد المكري ،وينفسخ العقد ،وفي البيع قد قبض العين التي وقع العقد عليها،فإذا تلفت بعد ذلك لم يؤثِّر في العقد.

وأمّا إذا كان التلف بعد مضيِّ بعض المدَّة،مثل: أن يكون قد مضى نصف المدَّة، ثمَّ تلف انفسخ العقد فيما بقي [8] ،فهل ينفسخ فيما مضى ؟ [9] .

اختلف أصحابنا فيه على طريقين:

---

[1] انظر/ المهذب ٢٦٢/٢،التهذيب ص١١٣،حلية العلماء ٤١٨/٥.

[2] انظر/ الحاوي ٣٩٨/٧،المهذب ٢٦٢/٢.

[3] تقدمت ترجمته في ص١٤٧.

[4] انظر/ الحاوي ٣٩٨/٧،المهذب ٢٦٢/٢، البيان ٣٦٣/٧،حلية العلماء ٤١٨/٥.

[5] انظر/ الحاوي ٣٩٨/٧،المهذب ٢٦٢/٢.

[6] انظر/ المهذب ٢٦٢/٢، البيان ٣٦٣/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٦٣.

[7] انظر/ الحاوي ٣٩٨/٧.

[8] انظر/ التنبيه ص١٢٤،التهذيب ١٩٣،الوسيط ١٩٨/٤،البيان ٣٦١/٧.

[9] وهذا من باب تفريق الصفقة . الروضة ٢٤٢/٣.

منهم من قال: لا ينفسخ فيه قولاً واحداً.[1]

ومنهم من قال: فيه قولان :-

أحدهما: ينفسخ .[2]

والثاني: لا ينفسخ .[3]

وأصل هذا إذا باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض انفسخ البيع في التالف ،وفي الباقي على طريقين .[4]

وكذلك إذا صارفه في عشرة دنانير بمائة درهم فتقابضا النصف من كلّ واحد منهما،ثم تفرقا قبل تقابض الباقي انفسخ العقد فيما لم يقبض،وهل ينفسخ في الباقي ؟ **على طريقين:** [5] [6]

من أصحابنا من قال: يجعل الهلاك الطارئ بمنزلة الموجود فيكون على قولين[7].

ومنهم من قال: يجعله [8] في حكم الموجود،ويفرق بين الطارئ والموجود .[9]

إذا تقرَّر هذا.

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٩٩/٧،المهذب ٢٦٢/٢،حلية العلماء ٤١٨/٥،فتح العزيز ١٦٤/٦-١٦٥.

[2] انظر المراجع السابقة.

[3] وهو الأظهر .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٦٣،الروضة ٢٤١/٥،المنهاج مع مغني المحتاج ٣٥٦/٢.

[4] انظر/ البيان ٣٦١/٧،فتح العزيز ١٦٤/٦،الروضة ٢٤٠/٥.

[5] على طريقين :ساقطة من ب.

[6] انظر/ الحاوي ٣٩٩/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٦٣.

[7] من قوله(فيكون على قولين ...إلى قوله ...في حكم الموجود) .ساقط من ب.

[8] كذا في المخطوط ولعل الصواب (لا يجعل).

[9] انظر/ الحاوي ٣٩٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٣،المهذب ٢٦٢/٢.

فإن قلنا: العقد ينفسخ فيما مضى رجع عليه بأجرة المثل في مقابلة ذلك. [1]

وإن قلنا: لا ينفسخ،ثبت له الخيار [2] ؛لأنّ الصفقة تتبعَّض عليه . [3]

فإن اختار الفسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ.

وإن اختار البقاء على العقد نظر:

فإن كانت الأجرة لم تختلف، في تلك المدَّة،وقد مضى نصف المدَّة مثلاً لزمه ما مضى بنصف الأجرة . [4]

وإن كانت الأجرة تختلف مثل: أن تكون أجرة المدَّة الماضية عشرة،وأجرة ما بقي خمسة كان عليه من الأجرة الثلثان،وإن كان بخلاف ذلك فعليه الثلث ،فيقسط المسمَّى على قدر أجرة المثل ،كما يقسط الثَّمن على قدر المثمن . [5]

هذا كلُّه في العبد يتلف.

فأمّا إذا كان قد أجره داراً ثم انهدمت ففيه تلك المسائل الأربع التي ذكرناها في العبد/. [6]

وقد اختلف أصحابنا فيه:

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٩٩/٧،التهذيب ص١٩٣،فتح العزيز ١٦٤/٦.

[2] وبه قال ابن الصباغ وآخرون .

وفي وجه :لايثبت له الخيار .

وهو الأصح عند الإمام والبغوي .

انظر/ الحاوي ٣٩٩/٧،التهذيب ص١٩٣،فتح العزيز ١٦٤/٦-١٦٥.

[3] انظر/ الحاوي ٣٩٩/٧،التهذبب ص١٩.

[4] انظر/ الحاوي ٣٩٩/٧،التهذيب ص١٩٣-١٩٤،بحر المذهب ٩/ل ١٦٣/٩،مغني المحتاج ٣٥٦/٢.

[5] انظر/ الروضة ٢٤١/٥،مغني المحتاج ٣٥٦/٢.

[6] ص٧٥١-٧٥٤.

فمنهم من قال: إنَّ حكم الدار إذا انهدمت كحكم العبد إذا مات [1] ،على التفصيل الذي ذكرنا في العبد؛لأنّ المقصود من الدّار السكنى والاكتنان [2] من الحرِّ والبرد والتستر من الأعين،فإذا انهدمت الدّار فات المقصود،[3]هذا ظاهر قول الشّافعي رحمه الله ؛لأنّه جمع بين العبد والدّار وأطلق الحكم فيهما. [4]

ومن أصحابنا من قال: إذا انهدمت الدّار قبل مضي المدّة لم ينفسخ العقد [5] ؛لأنّ بعض المنافع قد بقي [6] فيمكنه أن يضرب خيمة في العَرْصة [7] ،ويسكنها حتى تمضي المدّة،ويكون ذلك الانهدام بمنزلة أن يميل منها حائط، أو ينكسر جذع، أو يتلف سقف [8] وما أشبه ذلك،ويفارق العبد إذا مات؛لأنّ جميع المنافع قد تلفت بموته ،و لم يبق شيء منها ،فعلى هذا [9] يكون المكري بالخيار [10] ؛لأنّ الدار قد عابت .

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢٦٢، بحر المذهب ٩/ل ١٦٣، البيان ٧/٣٦٣، فتح العزيز ٦/١٧٠،الروضة ٥/٥٤٢.

[2] الكِنُّ و الكِنَّةُ و الكِنَانُ: وِقاء كل شيءٍ وسِتْرُه. و الكِنُّ: البيت ، والجمع أكْنانٌ و أكِنَّةٌ،والكِنُّ: ما يَرُدُّ الحَرَّ والبرْدَ من الأَبْنية والمساكن.لسان العرب ١٣/٣٦٠.

وانظر /القاموس المحيط ص١١٠٦.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٦٢،فتح العزيز ٦/١٧٠.

[4] مختصر المزني ص١٣٧.

[5] والأصح أنّ في مسألة انهدام الدار قولين ،أظهرهما الانفساخ .

انظر/ فتح العزيز ٦/١٧٠،الروضة ٥/٢٤٢.

[6] انظر/ المهذب ٢/٢٦٢،فتح العزيز ٦/١٧٠.

[7] العَرْصة :كلُّ بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء .القاموس المحيط ص٥٥٩-٥٦٠.

[8] فلا ينفسخ العقد في هذه الحالة إذا أمكن سكناها .

انظر/ الحاوي ٧/٤٠٠،التهذيب ص١٩٤،الروضة ٥/٢٣٩.

[9] أي على قول من قال أنّ العقد لا ينفسخ.

[10] انظر/ المهذب ٢/٢٦٢،الروضة ٥/٢٤٢.

فإن فسخ العقد كان الحكم فيما مضى من المدة، كما لو انفسخ بنفسه،وقد بينا ذلك. [1]

وإن اختار الإمساك فإنّه يمسكه بجميع الأجرة؛لأنّ المعقود عليه قد عاب،فإذا جعلنا له الخيار وأمسك مع ذلك أمسكه / بجميع [2]العوض ،[3]كما قلنا في المبيع إذا أصاب به عيباً كان بالخيار بين أن يردّه وبين أن يمسكه بجميع الثّمن ، [4] ويفارق هذا العبدين إذا اكتراهما وتلف أحدهما ؛حيث قلنا:إنّه يأخذ الباقي بحصته من الأجرة [5]؛لأنّ هناك تلف بعض المعقود عليه، وهاهنا على هذا الوجه لم يتلف شيء من المعقود عليه،وإنّما حدث فيه عيب؛فلهذا لم يجعل له إمساكه إلا [بجميع] [6] العوض، أو يردُّ،والله أعلم.

---

[1] ص٧٥١.

[2] قوله (بجميع العوض)بداية ٨/ل/٤٧ب من ب .

[3] انظر/ التهذيب ص١٩٤،الروضة ٥/٢٣٩.

[4] إن قال البائع امسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله بجميع الثمن .

وإن قال المشتري أعطني الأرش لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرش .

فإن تراضيا على دفع الأرش لإسقاط الخيار ففيه وجهان:

أحدهما :يجوز وهو قول أبي العباس .

والثاني: لا يجوز وهو المذهب المنصوص.

انظر/ المهذب ٢/٥٠،البيان ٥/٢٨٨.

[5] ص٧٥٤.

[6] في أ (لجميع).

[١٢٧] مسـألـة

قال الشّافعي رحمه الله : ((وَلاتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا مَا كَانَتِ الْدَّارُ قَائِمَةً،وَلَيْـسَ الْوَارِثُ بِأَكْثَرَ مِنَ الْمَوْرُوثِ [١])).

وهذا كما قال.

عندنا لا تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين ولا بموتهما معاً . [٢]

وهو مذهب مالك [٣] ،وأحمد [٤] ،وإسحاق [٥] ،وأبي ثور [٦] ،والبَتِّـي [٧] رحمهم الله .

وقال أبو حنيفة [٨] ،والثوري [٩] : تنفسخ بموت أيِّهما كان.

---

[١] مختصر المزني ص ١٣٧ ،وتمامه (الذي عنه ورثوا، فإن قيل: فقد انتفع المكري بالثمن. قيل: كما لو أسلم في رطب لوقت فانقطع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع، ولو باع متاعًا غائبًا ببلد ودفع الثمن فـهلك المبتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع قال المزني: رحمه الله: وهذا تجويز بيع الغائب ونفاه في مكـان آخر).

[٢] انظر/ الأم ٣٥/٤،الإشراف ٢٢٤/١-٢٢٥،رحمة الأمة ص٣٤٦.

[٣] انظر/ القوانين الفقهية ص١٨٣،الفواكه الدواني ١١٩/٢

[٤] قال المرداوي في الإنصاف (هذا المذهب مطلقاً في الجملة، وعليه جماهير الأصحاب ،وقطع به كثير منهم ،منهم صاحب الوجيز ،وقدمه في الفروع وغيره). ٤٨/٦.

و انظر/المغني ٨ /٤٣، شرح منتهى الإردات للبهوتي ٥٦/٤.

[٥] تقدمت ترجمته ص٢٨٣.

وانظر قوله في الإشراف ٢٢٥/١،الحاوي ٤٠٠/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥،البيان ٣٧٠/٧،المغني ٤٣/٨.

[٦] تقدمت ترجمته ص١٤٧.

وانظر قوله في الإشراف ٢٢٥/١، بحر المذهب ٩/ل ١٦٥،المغني ٤٣/٨.

[٧] تقدمت ترجمته ص٣٩٩.

وانظر قوله في بحر المذهب ٩/ل ١٦٥،البيان ٣٧٠/٧.

[٨] انظر/ مختصر الطحاوي ص١٣١ الكتاب وشرحه اللباب ١٠٥/٢، المبسوط ١٥٣/١٥، تكملـة فتـح القدير ١٤٥/٩.

[٩] تقدمت ترجمته ص٢٨٤.

واحتجَّ من نصر مذهبهما:

بأنّه عقد على منفعة، فوجب أن تبطل بموت من عُقد له؛ أصله:إذا آجَـرَ نفسه ثم مات،وأصله: النِّكاح أيضاً،والعارية إذا مات معيرها .[1]

قالوا: ولأنّ بالموت تعذّر استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي تضمَّنه العقد ،فوجب أن يبطل العقد.

ولأنّ الذي تضمَّنه العقد أن يستوفيها على ملك العاقد ،وقد زال ذلك بموته؛وانتقل الملك إلى غيره. [2]

وأيضاً فإنّه لا يخلو: إمّا أن يستوفيها على ملك الموروث[3]، أو على ملك الوارث،ولا يجوز أن يستوفيها على ملك الموروث؛لأنّه زال ملكه بالموت/،ولا يجوز أن يستوفيها على ملك الوارث؛لأنّه لم يجر بينهما معاملة [4] ،وإذا بطل الأمران فليس إلا بطلان العقد.

ودليلنا: أنّ الأصل بقاء العقد وسلامته ،فمن ادَّعى بطلانه فعليه إقامة الدليل. [5]

فإن قيل: الأصل أنّ العاقد لم يملك استيفاء المنافع بعد موت صاحبه فمن ادَّعى أنّه ملك ذلك فعليه إقامة الدليل.

فالجواب :أنّ الأصل استيفاء جميع المنافع بنفس العقد ،فمن ادَّعى زوال ذلك فعليه إقامة الدليل.

=

وانظر قوله في الإشراف ١/٢٢٥،الحاوي ٧/٤٠٠،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥،البيان ٧/٣٧٠،المغني ٨/٤٣.

[1] انظر/ المبسوط ١٥/١٥٣،تكملة فتح القدير ٩/١٤٦.

[2] انظر/ المرجعين السابقين واللباب في شرح الكتاب٢/١٠٥.

[3] من قوله (ملك الموروث... إلى قوله ...أن يستوفيها على) ساقط من ب .

[4] وبنحوه في الاختيار ٣/٧٣، اللباب ٢/١٠٥.

[5] انظر/ الإشراف ١/٢٢٥،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥.

ومن القياس: أنّه عقد لازم ،فوجب أن لا يبطل بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه ،كالبيع [1] .

وتأثير قولنا : (مع سلامة المعقود عليه) :في الرجل إذا آجَر نفسه ثم مات،فإنّ العقد يبطل ؛/لأنّ المعقود [2]عليه قد تلف بموته . [3]

وتأثيره أيضاً في المكاتب إذا مات، فإنّ العقد ينفسخ [4] ؛لأنّ المعقود عليه قد تلف وهو رقبته.

فإن قيل: فهذا يبطل عليكم بوارثه إذا استأجر منه داره، ثم مات وورثه[5]الدّار؛ فإنّ العقد ينفسخ بموته والمعقود عليه سالم .

فالجواب: أنّ العقد لا يبطل بموته [6] ؛لأنّ وارثه ملك المنافع بالعقد،وإنّما ينتقل إليه بالموت ما يكون في ملك الميت،وملك المنافع لم تكن في ملكه حين مات ،فلم يرثها فكان العقد بحاله،وهذا كما لو اشترى منه داراً ، ثم مات لم يرث الدار،ولم يبطل البيع؛لأنّه ملكها قبل الموت بالعقد ،فكذلك منافع الدار.

ويدلُّ عليه أيضاً: أنّ موروثه كان يملك رقبة المستأجَر مُستَحقّةَ المنفعة،فوجب أن ينتقل إلى الوارث على تلك الحالة ؛الدليل عليه: إذا زوّج أمته،ثمّ مات فإنّها تنتقل إلى وارثه مستحقّةَ الاستمتاع.

---

[1] انظر/ الحاوي ٤٠١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥،البيان ٣٧٠/٧.

[2] قوله (لأنّ المعقود) بداية ٨/ل/٤٨أ من ب .

[3] انظر/ الحاوي ٤٠١/٧.

[4] انظر/ الروضة ٢٥٨/١٢.

[5] في ب(فوارثه ورب).

[6] وقطع الماوردي في الحاوي بسقوط حكم الإجارة إذا لم يخلف إلا وارثاً ولا دين عليه .٤٠٣/٧.

- ونقل الرافعي عن أبي علي أنّه لا فائدة في الانفساخ ،ولا أثر له ؛لأنّه الكل له ،سواء بالإرث ،أو أخذ مدة الإجارة بالإجارة وبعدها بالإرث .فتح العزيز ١٨٤/٦.

و انظر/ البيان ٣٧٢/٧،الروضة ٢٥٤/٥

وأيضاً ما ذكره الشّافعي رحمه الله وهو :أنّ أكثر ما في الباب أن يكون للوارث ما يكون للموروث،وإذا قلنا:إنّ العقد ينفسخ وترجع المنافع إليه،وتثبت له جعلنا للوارث ما لم نجعل للموروث، وذلك بخلاف الأصول. [1]

فأمّا الجواب عن قياسهم عى الأصول الثلاثة بعلّة أنّه عقد على منفعة فهو :أنّه يبطل بنكاح أمته؛لأنّه لا يبطل بموت السيِّد . [2]

فإن قيل: قد احترزنا من هذا بقولنا (بموت من عقد له) [3] ونكاح الأمة لم يعقد لسيِّدها.

فالجواب: أنّه ليس كذلك ،بل يكون نكاح الأمة معقوداً لسيِّدها، لا تستحقُّ المهر بذلك النكاح . [4]

ثمّ المعنى في الرجل إذا أجر نفسه ثم مات أنّ المعقود عليه قد تلف بموته،وليس كذلك في مسألتنا ،فإنّ المعقود عليه بحاله؛فلهذا لم يبطل العقد.

وأمّا النّكاح فلا نسلّم أنّه يبطل،وإنّما تنتهي مدّته بموت أحدهما،ولا يكون ذلك بطلاناً،ألا ترى أنّ مدّة الإجارة إذا انتهت لم يصح أن يقال:إنّ الإجارة/ قد بطلت؟ ثمّ إن سلّمنا ذلك فالمعنى فيه إذا مات أحد الزوجين أنّ المعقود عليه قد تلف ؛فلهذا بطل [5]العقد،وفي مسألتنا لم يتلف المعقود عليه فلهذا لم يبطل.

فإن قيل:إذا مات الزّوج فإنّ المعقود عليه بحاله وهو المرأة.

---

[1] الأم ٤/٣٥.

[2] انظر/ المبسوط ١/١٥٣.

[3] كما تقدم ص٧٥٨.

[4] وإنّما يكون المهر لسيدها .

انظر/ فتح الوهاب ٢/٩١.

[5] قوله (بطل)بداية ٨/ل/٤٨ب من ب .

فالجواب:أنّه ليس كذلك؛لأنّ العقد يتناول الزّوجين،ولهذا إذا أضيف الطلاق إليه وقع ،كما إذا أضيف إليها [1] ؛ولهذا يسمَّى كلٌّ واحد منهما زوجاً.

وأمّا العاريَّة فالمعنى فيها أنّها ليست لازمة [2] ،وليس كذلك في مسألتنا ،فإنّ العقد لازم [3]؛فلهذا لم ينفسخ بالموت.

وجواب آخر:وهو أنّ المستعير ما ملك منافع العاريَّة؛فلهذا لا يجوز أن يعيرها ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّ المكتري قد ملك المنافع،ولهذا يجوز أن يكريها[4]،فلهذا لم تبطل بالموت.

وأمّا الجواب عن قولهم :إنّه تعذّر الاستيفاء على الوجه الذي تضمَّنه العقد فهو: أنّه ليس كذلك؛لأنّ عندنا قد ملك المنافع [5]،وإنّما [لم][6] تستقرُّ في ملكه، فهو كما لو اشترى منه طعاماً،وقبض البعض ومات البائع، كان له استيفاء الباقي؛لأنّه ملكه فكذلك هذا.

---

[1] كأن يقول: لها أنا منك طالق، أو يجعل الطلاق إليها فتقول ،أنت طالق.
انظر/ المهذب ٨/٣،فتح الوهاب ١٢٦/٢.

[2] انظر/فتح الوهاب ٣٩٢/٢، الإقناع للشربيني ٣٣٠/٢.

[3] كما تقدم ص٧٣٦.

[4] من استعار عيناً جاز له أن يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله ؛لانّ الوكيل نائب عنه.
وهل له أن يعير غيره ؟ فيه وجهان:
أحدهما: يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر .
والثّاني :لا يجوز وهو الصحيح؛ لأنّه إباحة فلا يملك بها الإباحة لغيره كإباحة الطعام.
ويخالف المستأجر فإنه يملك المنافع؛ ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض فملك نقله إلى غيره كالمشتري للطعام والمستعير لا يملك ،ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه فلا يملك نقله إلى غيره كمن قدم إليه الطعام.المهذب ١٩٠/٢.
و انظر/ البيان ٥١٧/٦-٥١٨.

[5] لأنّ الإجارة إنّما هي بيع المنافع كما تقدم ص٧٣٦.

[6] [لم] ساقطة من أ.

وأمّا التقسيم الذي ذكروه [1]**فالجواب عنه**: أنّ عندنا قد ملك المنافع بالعقد ،فهو يستوفي ملكه كما بيّنّاه في الطعام.

ثمّ هذا يبطل بالوصيَّة؛لأنّ [2] الموصَى له يستوفي الموصى به،وقد زال ملك الموصِي الميت عنه، فدلَّ على ما ذكرنا.

---

[1] وهو قولهم (فإنّه لا يخلو إمّا أن يستوفيها على ملك الموروث، أو على ملك الوارث،ولا يجوز أن يستوفيها على ملك الموروث؛لأنّه زال ملكه بالموت،ولا يجوز أن يستوفيها على ملك الوارث؛لأنّه لم يجر بينهما معاملة ،وإذا بطل الأمران فليس إلا بطلان العقد) المتقدم ص٧٥٨.

[2] في ب (فأن)

فـــــصــــل

ذكر الشّافعي رحمه الله سؤالاً بعد هذه المسألة يرجع إلى مسألة الأجرة:هل تتعجّـــل بإطلاق العقد أم لا ؟.

قال رحمه الله : (فإن قيل:قد انتفع المكري بالثّمن.قيل:كما لو أسلم في رطب لوقــت فانقطع رجع بالثمن،ولو باع متاعاً ببلد ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن،وقــد انتفع به البائع). [1]

يعني أنّ المكري إذا قبض الأجرة معجّلة ،ثم إنّ الإجارة انفسخت بانهدام الـــدّار ،أو بموت العبد فإنّه يردّ الأجرة ،وقد انتفع بها من غير أن يحصل للمكـــتري انتفـــاع في مقابلته. [2]

فالجواب:أنّ مثل هذا لا يمتنع، كما نقول/ في المسلم إليه [3] يقبض رأس المـــال في السَّلم ويتعذّر المسلَم فيه بانقطاعه فيثبت الخيار للمسلم، [4] فيفسخه ويسترجع رأس المال،وقد انتفع به المسلَم إليه من غير أن يحصل للمسلِم انتفاع في مقابلته.

---

[1] مختصر المزني ص ١٣٧.

[2] اختلف الشّافعيّة في مراد الشّافعيّ من هذا السؤال .

-قال أبو إسحاق المروزي أراد به الرد على من أجل الأجرة ومنع حلولها لئلا ينتفع المكري بالأجرة قبـــل انتفاع المكتري بالمنفعة ،فقال الشّافعيُّ مثل هذا ليس يمتنع كما أن بائع السلم...... الخ .

-وقال أبو حامد الإسفراييني :إنّما أراد به أن انهدام الدار، وموت العبد في تضاعيف المدة يبطل الإجارة بما قابلها فأجاب بما ذكره من انتفاع البائع بثمن السلم .... ورجح الرُّوياني هذا في بحر المذهـــب ٩/ل ١٦٥.

و انظر/ الحاوي ٧/٢ ٠ ٤.

[3] قوله (في المسلم إليه)بداية ٨/ل/٤٩أ من ب.

[4] وهو أظهر القولين .

وفي قول ينفسخ العقد .

انظر/ الوجيز ١/١٥٥،الروضة ٤/١١.

وكذلك يبطل هذا بالأجرة إذا شرط تعجيلها ،فإنّه ينتفع به، [1] ثمّ تنفسخ الإجارة بالتلف فيردُّ الأجرة بعد الانتاماع بها.

وكذلك إذا اشترى عيناً غائبة ،وقبض الثّمن، ثم تلفت العين، فإنّه يردُّ الثّمن وقـــد انتفع به، من غير أن يحصـــل للمشـــتري انتفـــاع في مقابلـــه ذلـــك،كذلـــك في مسألتنا /مثله. [2]

٦

وهذا سؤال لأبي حنيفة في تلك المسألة [3] ،وقد قال المزني رحمه الله لمَّـــا ذكـــر الشّافعي رحمه الله مسألة العين الغائبة أنّه أجاز بيع الغائب وأباه في موضع آخر. [4]

فالجواب [5]عن هذا:أنّه يجوز أن يكون أراد به العين الغائبة الـــتي شـــاهدها قبـــل العقد. [6]

وإن أراد به التي لم يرها فذلك لا يدلُّ على أنّه أجاز بيع العين الغائبة [7] ؛لأنّه يُبطل كلام المخالف وسؤالَه،ويجوز أن يكون ألزمه النقض على مذهـــب المخـــالف دون مذهب الملتزم له،والله أعلم.

---

[1] في ب (بها).

[2] انظر/ الحاوي ٤٠٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥.

[3] أي في مسألة الأجرة هل تتعجل بإطلاق العقد أم لا ؟.

[4] مختصر المزني ص ١٣٧.

[5] في ب(والجواب).

[6] انظر/ الحاوي ٤٠٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥.

[7] في بيع الأعيان الغائبة والحاضرة التي لم تر قولان قال في القديم و الإملاء والصرف من الجديـــد يصـــح وصححه وأفتى به البغوي والروياني،وهو الأظهر .

وقال في الأم و البويطي: لا يصح وهو اختيار المزني .

وفي محل القولين ثلاث طرق :أصحها: أنّهما فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما بلا فرق.

والثاني أنهما فيما شاهده البائع دون المشتري ،فإن لم يشاهده البائع فباطل قطعاً .

والثالث إن رآه المشتري صح قطعاً وإلا فالقولان .

انظر/ الروضة ٣٧٠/٣،مغني المحتاج ١٨/٢.

[١٢٨] مسـألـة

قال الشَّافعي رضي الله عنه : ((وإِنْ تَكَارَى دَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلَى [بَطْن] [١] مَـــرٌّ [٢] ثُمَّ إِنَّهُ رَكِبَهَا وَتَجَاوَزَ [٣] بِهَا إِلَى عُسْفَانَ [٤])) [٥]

فالكلام فيه في فصلين: في الأجرة، وفي الضّمان.

فأمَّا الأجرة فإنَّه يلزمه المسمَّى في مسيره من مكة إلى مَرٍّ [٦] ؛لأنه استوفى تلك المنفعة في تلك المسافة بالعقد [٧] ،ويلزمه أجرة المثل في مسيره من مرٍّ إلى عُسْفَان أكثر ما كانت [١] ؛لأنّه استوفاها بغير عقد فهو كالغاصب [٢] ،كما لو استأجر

---

[١] [بطن] زيادة من المطبوع ص١٣٧.

[٢] بطن مرٍّ بفتح الميم وتشديد الراء من نواحي مكة عنده يجتمع وادي النخلتين فيصيران وادياً واحداً ،وهذا الوادي يعرف اليوم باسم (مَرّ) مطلقاً ،ويطلق اسم رابغ على البلدة الكبيرة التي تقع قرب مصبه في البحر .

انظر/ قلب الحجاز ص٩٥.

[٣] في المختصر المطبوع (فتعدى)ص١٣٧.

[٤] عُسْفَان :بضم أوله ،وإسكان ثانيه، ثم فاء ،وآخره نون فعلان، من عسفت المفازة وهو يعسفها ،وهو قطعها بلا هداية ولا قصد ،وكذلك كل أمر يركب بغير روية قيل: سُمّيت عسفان لتعسُّف السيل فيها .

و عسفان بين المسجدين ،وهي من مكة على مرحلتين، وقيل عسفان قرية جامعة بها مسجد ونخيل ومزارع على ستة وثلاثين ميلا من مكة وهي حد تهامة ومن عسفان إلى ملل.

-وتعتبر عسفان اليوم بوابة بين شمال الحجاز وجنوبه ،فهي شبكة طرق تجتمع عندها ،ومنها تفترق أو بعدها بقليل .

وتقع عسفان شمال مكة على بعد (٨٠)كيلاً على ضفتي وادي رُفَيدة قبيل اجتماعه بالصَّغْو ،وتكتنف عسفان ثلاث حرار ،ويخرج من عسفان إلى الجنوب طريقان :أحدهما يأخذ إلى الجنوب الغربي إلى جدة ،والثاني يأخذ إلى الجنوب الشرقي إلى مكة .ويخرج منها إلى الشمال طرق أحدها إلى المدينة .

معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع ٩٤٢/٣،قلب الحجاز ص٢٩باختصار.

[٥] مختصر المزني ص ١٣٧ ،وتمامه(فعليه كراؤها إلى مرٍّ وكراء مثلها إلى عسفان، وعليه الضمان)

[٦] انظر/ الأم ٣٧/٤،الحاوي ٤٠٤/٧،التنبيه ص١٢٤، حلية العلماء ٥/ ٤٣٤.

[٧] انظر/ الحاوي ٤٠٤/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

كانت [1] ؛لأنّه استوفاها بغير عقد فهو كالغاصب [2] ،كما لو استأجر داراً شهراً فسكنها شهرين لزمه المسمَّى في الشهر [3] الأول ،والمثـــل للشـــهر الثّـــاني، [4] فكذلك هاهنا.

فإن قيل: فقد قلتم إنّه إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها ذرة،أو ما ضرره أكثر ضرراً من الحنطة أنّه يَغْرَم المثل في الجميع فما الفرق بينهما؟.

قيل: تلك المسألة على **قولين** : [5]

أحدهما: يَغْرَمَ المثل في الجميع . [6]

والثّاني: يَغْرَم / المسمَّى [7]في قدر ضرر الحنطة،وما زاد عليه من ضرر الذُّرة فعليـــه في مقابلته أجرة المثل [8] ،وكذلك القولان فيه إذا اكترى بهيمة ليحمل عليها مائـــة منّاً [1] حديداً فحمل عليها قطناً بوزنها ،أو كان بخلاف ذلك.

---

[1] انظر/ الأم ٤/٣٧،الحاوي ٧/٤٠٤،التهذيب ص٢٢٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

[2] كما تقدم في كتاب الغصب ص١٢٠-١٢١.

[3] في ب (للشهر)

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

[5] المذهب وهو نص الشّافعيُّ في المختصر ،وبه قال أبو على الطبري ،والقاضي أبو حـــامد : أن المؤجـــر بالخيار بين أن يأخذ المسمى وبدل النقصان الزائد بزراعة الذرة على ضرر الحنطة ،وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة .

وقال كثيرون في المسألة قولان .

انظر/ مختصر المزني ص ١٤٠،الوسيط ٤/١٨٠،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،البيـــان ٧/٣٨٣،فتـــح العزيـــز ٦/١٣٥،الروضة ٥/٢١٧.

[6] وهو أظهر القولين .

وبه قال :أبو إسحاق .

انظر/ فتح العزيز ٦/١٣٥،الروضة ٥/٢١٧.

[7] قوله (المسمَّى)بداية ٨/ل/٤٩ب .

[8] وهو اختيار المزني .

=

أحدهما: أجرة المثل في الجميع.

والثَّاني: المسمَّى يجب في مقابلة ما سمِّي والمثل فيما زاد عليه[٢].

إذا ثبت هذا .

فإن قلنا :يجب المسمَّى،والمثل فيما زاد عليه فقد سوَّينا بينهما . [٣]

وإن قلنا: يجب المثل في الجميع فالفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنّ في مسألتنا يمكن التمييز بين الأجرتين؛لأنّ مسافة الإجارة متميِّزة عن مسافة التَّعدي [٤] فهو كما لو استأجر الدَّار شهراً فسكنها شهرين لزمه المسمَّى للأول ،والمثل للثَّاني، [٥]وليس كذلك في مسألة الزَّرع والحمل؛لأنّ القدر الزائد

=

انظر/ مختصر المزني ص ١٤٠،الوسيط ١٨١/٤.

- وقال ابن القطان قولان .

أحدهما: المسمى ،وبدل النقص .

والثاني :التخيير .

انظر/ فتح العزيز ١٣٥/٦،الروضة ٢١٨/٥.

[١]و الـمَنُّ :بالتشديد الذي يوزن به أو يكال به، و الـمَنُّ الـمَنَا، وهو رطلان، والـجمع أَمْنانٌ، وجمع الـمَنا أَمْناءٌ.

وحيث أن الرطل يساوي ٤٠٨ جرامات ؛فيكون مقدار المن بالجرامات ٨١٦ جراماً .

انظر/ تهذيب اللغة للأزهري ٤٧٢/١٥،لسان العرب ٤١٩/١٣،تحويل الموازين والمكاييل الشرعيةإلى المقادير المعاصرة ص ١٩١-١٩٢.

[٢] انظر/ البيان ٣٨٣/٧.

- وهذا الحكم في كل من استأجر عيناً لمنفعة ،واستوفى كثير منها وكانت الزيادة لا تتميز .

انظر/ المهذب ٢٢٨/٢،غنية الفقيه ص٣٨٥.

[٣]أي بين المسألتين .

[٤]انظر/ المهذب ٢٥٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

[٥]كما تقدم في ص٧٦٦.

الذي حصل التَّعدي فيه غير متميِّز عن القدر المستحقَّ [1] فلا يمكن تقسيط العوض عليهما؛فلهذا أوجبنا المثل في الجميع.

والثَّاني: أنّ في مسألتنا حين أخذ في المسألة أخذ وهو غير متعدٍّ ،وليس كذلك في مسألة الزرع والحمل؛لأنّه كما أخذ في الزرع والحمل متعدٍّ [2] ؛فلهذا أوجبنا عليه أجرة المثل في الجميع.

هذا الكلام في الأجرة.

فأمَّا الضَّمان فإذا تلفت الدَّابة نظر:-

فإن تلفت قبل أن يتجاوز مَرّاً وهو حدُّ المسافة /التي استأجر البهيمة لقطعها فلا ضمان عليه ،سواء كان معها صاحبها أو لم يكن [3] ؛لأنّها في يده أمانة ما لم يتعدَّ. [4]

١/٦

وإن تلفت بعدما تجاوز بها الموضع المحدود نظر :-

فإن كان معها صاحبها نظر:-

فإن كان نزل عنها ثم ماتت بعد النزول فلا ضمان عليه [5] ؛لأنّها ماتت في يد صاحبها و لم يتحقق من جهته سبب لوجوب الضَّمان عليه، [6]فهو كما لو قطع المسافة ثم سلَّمها إلى صاحبها وماتت في يده. [7]

وإن كانت ماتت وهو راكبها لزمه الضمان. [8]

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢٥٨،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،غنية الفقيه ص٣٥٨.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

[3] انظر/الحاوي ٧/٤٠٤،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،البيان ٧/٣٧٩.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،البيان ٧/٣٧٩.

[5] انظر/ المهذب ٢/٢٦٦،التهذيب ص٢٢٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

[6] بحر المذهب ٩/ل١٦٨،البيان ٧/٣٧٩.

[7] انظر/ المهذب ٢/٢٦٦،التهذيب ص٢٢٦.

[8] انظر/ الحاوي ٧/٤٠٤،المهذب ٢/٢٦٦،التهذيب ص٢٢٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

فإن قيل: هلا قلتم لا يلزمه الضَّمان ،ويكون سكوت صاحبها مع تمكنه من المنـــع رضى بذلك،وإذناً في سير تلك المسافة ؟

/قيل: [1] كما أنّه إذا خرق ثوب رجل وهو ساكت،فإنّه يلزمه الضَّمان ولا يكــون سكوته إذناً في الخرق ولا رضى به . [2]

إذا ثبت أنّه يلزمه الضَّمان .

فإنّ جميع الضَّمان لا يلزمه؛لأنّه ليس يضمنها بــاليد؛لأنّ صاحبــها معــها،وإنّمــا [ذلك] [3] ضمان جناية ، [4] فهو كما لو جاء إلى بهيمة في يد رجل فجنى عليـــها فإنّه يلزمه ضمان الجناية ،فكذلك هذا.

وكم القدر الذي يضمن ؟

فيه قولان:

أحدهما: النَّصف [5] ؛لأنّها إذا ماتت تحته فالظاهر أنّها ماتت من ثقله عليها وإتعابـه إيَّاها بالركوب في جميع المسافة،وبعض المسافة كان حقّاً له لم يتعدَّ فيه،والبعـــض لم يكن حقاً له وهو متعدٍّ [فيه]. [6] [7]

والثّاني: يقسط الضَّمان على قدر ما قطع من المسافتين ،فيجب عليه بقدر المسافة التي تعدَّى بالركوب فيها . [8]

---

[1] قوله (قيل) بداية ٨/ل/٥٠ أ من ب .

[2] انظر/ الحاوي ٧/٤٠٤،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

[3] [ذلك] زيادة من ب .

[4] انظر المرجعين السابقين

[5] انظر/ الحاوي ٧/٤٠٥،المهذب ٢/٢٦٦،التهذيب ص٢٢٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،البيان ٧/٣٧٩.

[6] [فيه] ساقطة من أ.

[7] وبنحوه في الحاوي ٧/٤٠٥،المهذب ٢/٢٦٦.

[8] وهو أظهر القولين .الروضة ٥/٢٣٤.

و انظر/ الحاوي ٧/٤٠٥،المهذب ٢/٢٦٦،التهذيب ص ٢٢٧،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،البيان ٧/٣٧٩.

وأصل هذين القولين:مسألة الجلاد،وهو إذا أُمِرَ بإقامة الحـــدِّ، فـــزاد مـــن عنـــده ضربةً،ومات المحدود **ففيه قولان** : [1]

أحدهما: يجب نصف الدِّية.

والثَّاني: بقسطه ،وهو جزء من إحدى وثمانين جزءاً من الديَّـــة إن كـــان ذلـــك في حدِّ القذف. [2]

وأمَّا إذا لم يكن معها صاحبها: لزمـــه جميـــع القيمـــة [3] ؛لأنّـــه ضـــامن لهـــا بالغصب [4] فيلزمه قيمتها أكثر ما كان قيمته من حين تعدَّى بها من مرٍّ- وهـــو الموضع المحدود –إلى الموضع الذي ماتت فيه . [5]

فأمَّا إذا لم تمت ولكنه قطع المسافة ثم ردَّها إلى مرٍّ فإنّ الضَّمان لا يـــزول عنـــه؛لأنّ عندنا لا يزول ضمان العدوان بالرَّدِّ إلى المكان. [6]

وكذلك يقول أبو حنيفة في هذه المسألة [7] قال [8] :والفرق بين هـــذه،وبـــين تلك [9] أنّ هاهنا لم يؤمر بإمساك البهيمة في الموضع الذي ردَّها إليه، وهو موضع

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٤٠٥،المهذب ٢/٢٦٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

[2] وهو الأظهر .

انظر/ الروضة ١٠/١٧٨،مغني المحتاج ٤/٢٠٠.

[3] انظر/ الحاوي ٧/٤٠٤،المهذب ٢/٢٦٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،التهذيب ص٢٢٦.

[4] انظر/ الحاوي ٢/٢٦٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،لتهذيب ص٢٢٦،البيان ٧/٣٧٠

[6] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/٢١٢،بحر المذهب ٩/ل ١٦٨،البيان ٧/٣٧٨.

[7] وهو قول أبي حنيفة الثاني ،وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن .

وفي قول أبي حنيفة الأول :أنّه لا يضمن كالمودع .

انظر/ المبسوط ١٥/١٧٣، بدائع الصنائع ٤/٨٠.

[8] قال :ساقطة من ب .

[9] أي مسألة رد الوديعة كما يدل عليه السياق .

منتهى الإجارة؛ فلهذا لم يُزَلْ عنه الضَّمان وليس كذلك في مسألتنا؛لأنَّه مأمور بإمساك الوديعة في الموضع الذي ردَّها إليه؛ فلهذا زال عنه الضَّمان .[1]

والجواب على هذا:أنَّه لو كان كذلك لوجب /إذا استأجرها [2]في الذَّهاب والمجيء ثمَّ جاوز بها وردَّها إلى/ الموضع المحدود أن يسقط عنه الضَّمان [3] ؛لأنَّه مأذون له في إمساكها وعندهم أنّ الضَّمان لا يزول .[4]

٦/ل/٥٦أ

[1] وبنحوه في المبسوط ١٥/١٧٣-١٧٤،بدائع الصنائع ٤/٨٠،تكملة فتح القدير ٩/٨٧-٨٨.

[2] قوله (إذا استأجرها) بداية ٨/ل/٥٠ب من ب.

[3] عند الشَّافعيَّة أنَّ الضمان لا يسقط .

انظر/ التهذيب ص٢٢٧.

[4] انظر/ المبسوط ٥/١٧٤.

[١٢٩] مسألة

قال رحمه الله : ((وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ دَارَهُ وَعَبْدَهُ ثَلَاثِينَ سَنَةً)) . [١]

وهذا كما قال.

ذكر الشَّافعي رحمه الله أنّه لا يجوز عقد الإجارة إلا سنة. [٢]

وذكر في الدعوى والبيِّنات أنّه يجوز قدر ما يبقى فيه المستأجر. [٣]

وذكر هاهنا أنّ له أن يؤاجر، داره وعبده ثلاثين سنة.

وذكر في المساقاة أنّه يجوز سنتين . [٤]

ولا خلاف بين أصحابنا أنّه يجوز إلى مدة سنة. [٥]

وهل يجوز أكثر من ذلك أم لا ؟

فيه قولان:

أحدهما: لا يجوز أكثر من ذلك [٦] ؛لأنّ هذا العقد إنَّما جُوِّز لأجل الحاجة،ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من السنة؛لأنّها مدَّة يكمل فيها الزرع والثمار وغيرها. [٧]

---

[١] مختصر المزني ص ١٣٧،وتمامه (وأيُّ المكاريين هلك فورثته تقوم مقامه)

[٢] قال الروياني (قال أبو إسحاق :للشافعي قول آخر لايجوز إلا سنة واحدة ،ونقله القاضي أبو حامد عن الشّافعيُّ ،و لم يبين الموضع الذي قال فيه هذا القول ،والظاهر أنّه هو الذي قال في كتاب المزارعة ،ولا يجوز الكراء إلا على سنة معروفة ،وقيل نص عليه في موضع من الإجارات) بحر المذهب ٩/ل ١٦٩ز و انظر/ مختصر المزني كتاب المزارعة ص١٣٩، الحاوي ٧/٤٠٥.

[٣] قال الشّافعيُّ في الدعاوى والبينات : (وللرجل أن يكرى داره ويؤاجر عبده يوماً وثلاثين سنة لا فرق بين ذلك، وذلك أنه إذا كان مسلطاً على أن يخرج رقبة داره ورقبة عبده إلى غيره بعوض وغير عوض، لم يكن ممنوعاً أن يخرج إليه منفعتهما، ومنفعتهما أقل من رقاهما).الأم ٦/٣٣٨.

[٤] كذا في المخطوط ،وما ذكره في المساقاة (سنين) كما تقدم في ص٦٦٠.

[٥] انظر/ الحاوي ٧/٤٠٥،التهذيب ص١٨٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٩.

[٦] أي أكثر من سنة انظر المراجع السابقة و الروضة ٥/١٩٦.

[٧] وبنحوه في الحاوي ٧/٤٠٥،بحر المذهب ٩/ل ١٦٩/٩،فتح العزيز ٦/١١١.

والقول الثّاني: أنه يجوز أكثر من سنة إلى المدَّة التي يبقى فيها المستأجر في الغالب. [1]

والدليل عليه: قوله تعالى : ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [2]

ولأنّها مدّة يبقى المستأجر فيها في الغالب فجاز عقد الإجارة إليها، كالسَّنة.

ولأنّ النكاح يجوز على التأبيد ،ولا يقدَّر بمدَّة ،فكذلك الإجارة.

فإن قيل: فالنِّكاح يجوز إطلاقه من غير تقدير مدَّة،والإجارة لا يجوز إطلاقها. [3]

قيل: وإن كان لا يجوز إطلاقها فيجب أن يكون تقديرها [بالمدَّة] [4] التي يجوز أن يبقى في مثلها النِّكاح، فيجوز في الإجارة بالتقدير ما يجوز في النكاح بالإطلاق.

وأمَّا الجواب عن قولهم: (إنّ الحاجة لا تدعو إلى أكثر من سنة) فهو أنّه ليس كذلك؛لأنّ الحاجة تدعو إلى أكثر من سنة . [5]

وعلى أنّه إن كان الاعتبار بقدر الحاجة فينبغي أن لا يجوز اكتراء الأرض سنة؛لأنّ الزرع يدرك في أقلّ من ذلك [6] ،ولا يجوز اكتراء الجُبَّة [7] سنة؛لأنّه لا يحتاج إلى لبسها إلا في بعض السنة ،فلمَّا جاز أكثر من ذلك دلّ على أنّه لا اعتبار بقدر الحاجة.

---

[1] وهو المشهور وعليه جمهور الشَّافعيُّة .الروضة ١٩٦/٥.

انظر/ الحاوي ٤٠٥/٧،فتح العزيز ١١١/٦.

[2] سورة القصص آية رقم(٢٧) .

[3] انظر/ التهذيب ص١٨٢،فتح العزيز ١١٠/٦،الروضة ١٩٦/٥.

[4] في أ (كالمدَّة)

[5] انظر/ الحاوي ٤٠٦/٧.

[6] في ب (أقلّ منها).

[7] الجُبَّةُ: ضَرْبٌ من مُقَطَّعاتِ الثِّياب تُلْبَس، وجمعها جُبَبٌ و جِبابٌ.

انظر/ لسان العرب ٢٤٩/١، القاموس المحيط ص٦٢.

إذا ثبت أنّه يجوز أكثر /من سنة[1].

فمن أصحابنا من قال:يجوز القدر الذي يبقى فيه المستأجر في الغالب قلّ أو كثر .[2]

وقول الشّافعي رحمه الله :(**وله أن يؤاجره داره وعبده ثلاثين سنة**) [3]ليس بتقدير كما قال في المساقاة: (**أنّه يجوز سنتين**) [4]وذلك ليس بتقدير ، [5] فكذلك هذا.

ومن أصحابنا من قال:لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة. [6]

وليس هذا بصحيح،والصحيح ما ذكرناه [7] .

إذا تقرّر هذا.

فإذا أجر الدار أكثر من سنة،فهل يحتاج [8] لكلّ شهر أم لا ؟.

على قولين:

أحدهما: لا يقدّر [كما لا يقدّر] [9] في السّنة لكلّ شهر ،ولا في الشّهر لكلّ يوم ولا في اليوم لكلّ ساعة،[10]وكما إذا باع أعياناً لم يحتج أن يقدّر لكلّ واحد منهما الثّمن.[11]

---

[1] قوله (من سنة)بداية ٨/ل/٥١ أ من ب.

[2] وهو المشهور وعليه جمهور الأصحاب كما تقدم في كتاب المساقاة ص٦٦٣.

[3] مختصر المزني ص ١٣٧.

[4] كما تقدم ص٦٦٣ .

[5] وإنّما أراد به المبالغة في التكثير .

انظر/ الحاوي ٧/٤٠٦،التهذيب ص١٨٦.

[6] انظر المراجع السابقة ،و بحر المذهب ٩/ل ١٦٩.

[7] وهو يجوز القدر الذي يبقى فيه المستأجر في الغالب.

[8] لعل هنا سقط وتقديره (للتقدير).

[9] [كما لا يقدر] ساقط من أ.

[10] وهو الأظهر .الروضة ٥/١٩٦.

انظر/ الحاوي ٧/٤٠٧،التهذيب ص١٨٧،الوجيز ١/٢٣٣،البيان ٧/٢٥٧، فتح العزيز ٦/١١٢.

[11] انظر/ الحاوي ٧/٤٠٧،البيان ٧/٢٥٧،فتح العزيز ٦/١١٢.

والثّاني: لا يجوز حتى يُقدَّر لكلِّ سنة [(١)] ،لئلا يكثر الغرر.

والصحيح الأول.

٦/ل٥٦ر

فإذا قلنا: لا يُقدَّر فانهدمت /الدَّار في أثناء المدَّة.

فإن كانت الأجرة لا تختلف في ذلك الموضع باختلاف الزمان فإنّ ما مضى محسوباً عليه بحصَّته.

وإن كان تختلف قُسِّط ذلك على قدر أجرة المثل [(٢)] على ما بيناه فيما مضى [(٣)] .

وإن [(٤)] **قلنا:** يقدَّر فإنَّه يحسب على كلِّ شهر بأجرته المقدَّرة ،اختلفت الأجرة باختلاف الزَّمان في ذلك الموضع، [(٥)] أو لم تختلف. [(٦)]

وكلُّ موضع قلنا:لا يجوز أكثر من سنة،أو لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة، فزاد على ذلك بطلت الإجارة على قدر الزِّيادة . [(٧)]

وأمَّا الباقي فعلى قولين بناءً على تفريق الصَّفقة [(٨)] ،والله اعلم بالصَّواب.

---

(١) وهو محكي عن رواية الربيع وحرملة والمزني في الجامع الكبير ،وهو اختيار أبي حامد .بحر المذهب ٩/ل ١٧٠،فتح العزيز ١١٢/٦.

انظر/ الحاوي ٤٠٧/٧،التهذيب ص١٨٧-١٨٨، البيان ٢٥٧/٧،الروضة ١٩٦/٥.

(٢) انظر/ الحاوي ٤٠٧/٧،التهذيب ص١٨٧-١٨٨.

(٣) كما تقدم في ص٧٦٨-٧٦٩.

(٤) في ب(فإن).

(٥) قوله (في ذلك لموضع) ساقط من ب.

(٦) انظر/ الحاوي ٤٠٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧٠.

(٧) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٠ .

(٨) وقد تقدم في ص٧٥٢-٧٥٣.

فصل

إذا قال أَجَرتك هذه الدَّار كلَّ شهر بدرهم .

فالمذهب المشهور:أنّ تلك الإجارة باطلة في الشهر الذي يلي العقد،وفي غيره .[1]

وقال في الإملاء: تصحُّ الإجرة في الشهر الأول دون ما عداه .[2]

وهو قول أبي سعيد الإصطَخْرِي [3] ،وأبي حنيفة رحمهما الله .[4]

واحتجَّ من نصره: بأنّ مدَّة الشَّهر الذي يلي العقد معلومة، والأجـرة في مقابلتها معلومة، فوجب أن تصحَّ .[5]

ومثل هذا ما نقوله في البيع إذا قال:بعتك هذا العبد –وأشار إليه –وكلَّ عبد من عبيدي بمائة [6] درهم، فإنّه/ يصحُّ البيع [7]في العبد المشار إليه؛لأنّه معلوم ،والثمن في مقابلته معلوم،فكذلك هذا،وهذا غلط.

ودليلنا:

---

[1] انظر/ الحاوي ٤٠٧/٧،المهذب ٢٤٦/٢، التنبيه ص١٢٣،فتح العزيز ١١٢/٦،الروضة ١٩٦/٥، المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي من دون إخوانه الأئمة ص١٥٧ غنية الفقيه ص٣٧٦.

[2] انظر المراجع السابقة .

[3] أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى أبو سعيد الإصْطَخْرِي- واصطخر بكسر الهمزة وفتح الطاء بلدة معروفة وجوز بعضهم فتح الهمزة – شيخ الشافعية ببغداد ومن أكابر أصحاب الوجوه في المذهب وكان قاضي قم ،وولي الحسبة ببغداد ،ولد في سنة أربع وأربعين ومائتين ،وصنف كتاباً حسناً في أدب القضاء ،توفي في ربيع الآخر وقيل في جمادى الآخرة سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة وقد جاوز الثمانين ببغداد.

انظر/ طبقات الفقهاء للشيرازي ص١١٩، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١١٠/١

وانظر قوله في البيان ٣٠٥/٧،فتح العزيز ١١٢/٦، الروضة ١٩٦/٥.

[4] انظر/ مختصر اختلاف العلماء ١٢٨/٤،المختار٦٩/٢،تكملة فتح القدير ٩٣/٩.

[5] انظر/ الاختيار لتعليل المختار٦٩/٢،تكملة فتح القدير ٩٣/٩.

[6] في ب (بألف).

[7] قوله (يصحُّ البيع)بداية ٨/ل/٥١ب من ب.

ودليلنا:

أنّ مدَّة الإجارة مجهولة؛لأنّه لا يدري هل أجره سنة كلّ شهر بدرهم،أو سنتين كـــل شهر بدرهم،أو أكثر أو أقلّ [١] ،والذي يؤكّد هذا أنّه لو قال:أجرتك هذه الـــدار بعشرة دراهم لم يصحّ العقد؛لأنّ مدَّة الإجارة وقدر المنفعـــة مجـــهولان، [٢] فـــإذا قال:كلّ شهر بدرهم،فذلك تفصيل يرجع إلى بيان الأجرة ،وبيـــان قـــدر المنفعـــة المستحقّة بالعقد.

فإن قيل:قد قلتم: إنَّه إذا قال:بعتك هذه الصُّبْرة كلّ قفيز بدرهم أنّ البيع يصـحُّ، [٣] فما الفرق بينهما؟.

فالجواب: أنّ الصُّبرة معلومة الجملة بالمشاهدة ،وقد بيَّن قدر الثّمن بالتفصيل الـــذي ذكره ،فصار المبيع معلوم الجملة وصار الثّمن معلوماً بالتفصيل،وليـــس كذلـــك في مسألتنا؛لأنّ مدَّة الإجارة مجهولة الجملة [٤] ؛لأنّها لا تصير معلومة إلا بالتقدير، ومـا قدَّرها،والتَّفصيل الذي ذكره راجع إلى بيان الأجرة دون المنفعة ،والذي يؤكّد الفـرق بينهما أنّه إذا قال:بعتك هذه الصُّبْرة بعشرة دراهم صحَّ،ولو قال:أجرتك هذه الـــدَّار بعشرة دراهم لم يصحَّ،[٥]فبان الفرق بينهما.

---

[١] انظر/ الحاوي ٤٠٧/٧، المهذب ٢٤٦/٢،البيان ٣٠٥/٧.

[٢] فيشترط لصحة الإجارة بيان مدة الإجارة وقدر المنفعة .

انظر/ المهذب ٢٤٦/٢، التهذيب ص١٨٢.

[٣] انظر/ الحاوي ٤٠٧/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧١.

[٤] وبنحوه في الحاوي ٤٠٧/٧.

[٥] لأنّ مدة الإجارة مجهولة .

كما قالوا في الشهر الأول لصحَّ في كلِّ شهرٍ ؛إذ لا فرق بين الشـــهر الأول وبــين الشهر الثَّاني [1] ؛لأنّه سمَّى كلَّ شهر ،وجعل في مقابلته أجرة معلومة.

وأمَّا المسألة التي ذكروها في البيع : [2]

فيحتمل أن يقال:إنّ البيع لا يصحُّ في ذلك العبد.

ويحتمـــل أن يقـــال :الفـــرق بينـــهما أنَّ في تلـــك المســـألة قـــد عيَّـــن العبد ،وجعـــل / الثَّمـــن [3]في مقابلتـــه معلومـــاً ،وفي مســـألتنا لم يعيَّـــن قـــدر المدَّة فلم يصحَّ.

ووزان مسألتنا من هذه [4] المسألة أن يقول:بعتك كلَّ عبد من عبيدي بألف ،فإنَّـــه لا يصحُّ البيع في شيء من ذلك. [5]

ووِزان تلك المسألة من مسألتنا أن يقول:أجرتك هذه الدار في هذا الشهر، وفي كـلِّ شهر بدرهم، فيصحُّ في الشهر الأول دون ما عداه.

---

[1] كما تقدم في رأس المسألة أنّه لا يصح إلا في الشهر الأول عند الحنفية ،ص٧٧٦.

[2] وهو قولهم (بعتك هذا العبد وأشار إليه وكل عبد من عبيدي بمائة درهم فإنّه يصح البيع في العبد المشـار إليه).

[3] قوله (الثّمن)بداية ٨/ل/٥٢أ من ب.

[4] من قوله(مسألتنا من هذه ...إلى قوله ... من ذلك ووزان) ساقط من ب .

[5] انظر/ المهذب ٢/١٤.

فصـــل

إذا اكترى داراً ثمّ أراد أن يكريها نظر:

فإن كان قد تسلّمها فله أن يكريها من الأجنبيٍّ [1] ومن المكري. [2]

وإن كان لم يتسلّمها ،فالمذهب المشهور:أنّه لا يجوز أن يكتريها من المكري ،ولا من الأجنبي. [3] [4]

وقال أبو العباس بن سريج [5] :يجوز أن يكريها من المكري وغيره. [6]

قال:لأنّ قبض الدّار المستأجرة لا ينقل الضّمان ؛بدليل أنّها إذا انهدمت في يد المكتري كان الضّمان على المكري دونه،[7] وإذا كان [8] هذا القبض لا ينقل الضّمان فلا فرق بين وجوده وعدمه،ثم ثبت أنّه يجوز العقد عليه بعد القبض ،فكذلك قبله. [9]

---

(1) انظر/ الحاوي ٤٠٨/٧،المهذب ٢٥٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٠،حلية العلماء ٥/ ٤٠٢،الوجيز ٢٣٩/١.

(2) وفي جواز إجارة العين من مؤجرها وجهان :

أصحهما الجواز.

انظر/ الحاوي ٤٠٨/٧،التهذيب ص٢٠٣،بحر المذهب ٩/ل ١٧٠،البيان ٣٥٤/٧،حلية العلماء ٥/ ٤٠٢،الروضة ٢٥٦/٥.

(3) في ب (غيره).

(4) وهو الأصح .

انظر/ التنبيه ص١٢٤،بحر المذهب ٩/ل ١٧٠،فتح العزيز ١٨٧/٦،الروضة ٢٥٦/٥.

(5) تقدمت ترجمته في ص١٨٧.

(6) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٠، البيان ٣٥٤/٧،حلية العلماء ٥/ ٤٠١،فتح العزيز ١٨٧/٦،الروضة ٢٥٦/٥.

(7) انظر/ البيان ٣٥٤/٧.

(8) كان :ساقطة من ب .

(9) وبنحوه في المهذب ٢٢٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٠،فتح العزيز ١٨٧/٦،غنية الفقيه ص٣٨٦.

والدليل على أنه لا يجوز أن يكريها ما روي عن النبي ﷺ **((أنه نهى عن بيع ما لم يقبض))** [1] والإجارة بيع، [2] فإذا أجر الدار قبل القبض فهو كبيع ما لم يقبض، فوجب أن لا يجوز.

ولأنّه ملك المنافع بعقد معاوضة ،فلا يجوز أن يعقد عليها عقد المعاوضة قبل القبض ،كالمبيع؛لأنّه لا يجوز أن يبيعه قبل أن يقبضه. [3]

فأمّا [4] **الجواب عن قول أبي العباس فهو**:أنّ قبض المكتري يتعلّق به نقل الضّمان ،ألا ترى أنّ الإجارة إذا انتقضت في يد المكري كان ذلك من ضمان المكري؟ و لم تستقرّ الأجرة،وإن قبضها المكتري ومضت المدّة في يده استقرّت الأجرة

---

(1) أخرجه بهذا اللفظ عن حكيم بن حزام النسائي في السنن الكبرى. كتاب البيوع. باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ٦/٥٥-٥٦ برقم (٦١٥٠) والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب البيوع. باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة ٣١٢/٥،والدارقطني ٨/٣-٩،وابن حزم في المحلى ٥١٩/٨.

والحديث صحيح صححه ابن حزم في المحلى ٥١٩/٨،والألباني في الإرواء ١٢٣/٥.

و انظر/ الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٥٥/٢.

و أخرج البخاري في كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يقبض. وبيع ما ليس عندك عن ابن عباس، وعن ابن عمر . فحديث ابن عباس عن طاوس يقول سمعت بن عباس رضي الله عنهما يقول أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض قال بن عباس ولا أحسب كل شيء إلا مثله٤/٤٠٩ برقم (٢١٣٥) .

وحديث ابن عمر عن نافع عن بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه)زاد إسماعيل (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه.) ٤٠٩/٤ برقم (٢١٣٦).

(2) انظر/ المهذب ٢٥٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٠،البيان ٣٥٤/٧.

(3) انظر/ المهذب ٢٥٨/٢،البيان ٣٥٤/٧.

(4) في ب (وأما).

عليه،ولزمه ضمان المنافع، فثبت بذلك أنّ هذا القبض ينقل الضّمان ،وصار بمنزلة قبض العين المبيعة .[1]

إذا ثبت هذا:فكلُّ موضع قلنا:تجوز الإجارة ،فله أن يكريه من المكري ومن[2] غيره،وكلُّ موضع قلنا:لا تجوز الإجارة فلا فرق بين المكري والأجنبيِّ[3] فيه .[4]

وقال أبو حنيفة:إذا تسلَّم الدَّار المستأجرة جاز له أن يكريها من الأجنبيِّ ولا يجوز له أن يكريها / من المكرِي[5]،وإن كان قبل القبض فلا يجوز أن يكريها من أحد.[6]

٦/ل/٧٠

واحتجَّ: بأنّ إجارته من المكري تؤدّي إلى التناقض؛لأنّ كلّ واحد منهما يصير / مستحِقّاً للتسليم ومستحَقّاً عليه؛لأنّ المكتري يستحقُّ المنافع على المكري الأول بالعقد الأول ،والمكتري الثاني يستحقُّ تسليمها إلى المكري الأول بالعقد الثاني،ولا يجوز ذلك.[7]

---

[1] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٧٠.

[2] ومن :ساقطة من ب

[3] في ب (وغيره).

[4] وقد تقدم أن في كلا الحالتين وجهين ص٧٧٩.

[5] قوله (من المكري)بداية ٨/ل/٥٢ب من ب.

[6] قال في رد المحتار (وللمستأجر أن يؤجر المؤَجر بعد قبضه ،قيل وقبله من غير مُؤَجره وأما من مؤجره فلا يجوز وإن تخلل ثالث به يفتى؛ للزوم تمليك المالك وهل تبطل الأولى بالإجارة للمالك الصحيح؟ لا).٦/٩١.

وانظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٩، روضة القضاة ١/٤٧٨-٤٧٩،بدائع الصنائع ٤/٤٧،مختصر اختلاف العلماء ٤/١٢٦-١٢٧،البحر الرائق ٧/٣٠٤.

[7] قال الكساني (فإن لم يكن في قبضه فلا تصح إجارته ؛لنهي النبي(عن بيع ما لم يقبض) والإجارة نوع بيع فتدخل تحت النهي ؛ولأنَّ فيه غرر انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الإجارة) ٤/٤٧.

وهذا غلط؛لأنّ كلّ عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع؛لأنّه إذا اشترى شيئاً وقبضه كان له أن يبيعه من البائع ومن غيره .[1]

فأمَّا الجواب عن دليله ،**فمن ثلاثة أوجهٍ:**

أحدها: إذا سلَّم المكتري الأول الدار إلى المكتري فقد بطل استحقاقه عليه، بدليل أنّه لا يطالبه بتسليم بعد ذلك،ثم إذا أكراها منه استحقَّ عليه التسليم في حاله لا يستحقُّه[2] هو عليه[3] ،وإنّما يكون الاستحقاق ثابتاً لهما إذا كان اكتراهـا منـه قبـل التَّسليم،فثبت بهذا أنَّ كلَّ واحد منهما ليس بمستِحقٍّ ومستَحقٌّ عليه.

والثّاني: أنّه يبطـل عليـهم ببيـع الأرض؛لأنّ عندهـم يجـوز أن يبيعـها قبـل القبض،[4]فإذا باعها من البائع قبل القبض فقد باعها قبل التسليم، فصار كل واحـد منهما مستحِقّاً ومستحَقّاً عليه؛ فالمشتري الأول يُستَحَقُّ عليه التسليم،والثّاني يَسْتَحِقُّ على الأول التسليم، وذلك متناقض على حسب ما قالوه في مسألتنا.

والثّالث: أنّه إذا جاز أن يكريه من غيره[5] فيكون مستَحَقّاً على المكري ،ويصير مستحَقّاً عليه ،للمكتري منه في منافع عين واحدة، جاز أن يكون كلُّ واحد منـهما مستحِقّاً ومستحَقّاً عليه؛ إذ لا فرق بينهما.

إذا تقرَّر هذا .

---

[1] انظر/ التهذيب ص٢٠٣،البيان ٣٥٤/٧.

[2] في ب (لا يستحق).

[3] في ب (عليه التسليم).

[4] وهو قول أبي حنيفة ،وقول أبي يوسف الثاني ،وذهب محمد بن الحسن إلى عدم جواز بيع الأرض قبـل القبض.

انظر/ مختصر الطحاوي ص٨٤،بدائع الصنائع ٣٩٦/٤.

[5] كما تقدم ص٧٧٩.

فكلُّ موضع جوَّزنا له أن يكريها كان له أن يكريها برأس المال ،وبزيادة عليه ،وبنقصان منه ،عَمَرها أو لم يعمرها.[1]

وقال أبو حنيفة:إن كان لم يحدث فيها عمارة لا يجوز أن يكريها إلا بمقدار الأجرة التي اكتراها به، ولا تجوز الزيادة عليه إلا أن يكون قد أحدث فيها عمارة، فإنّه يجوز له يكريها بزيادة .[2]

واحتجَّ بشيئين:

أحدهما: ما رُوي /عن النَّبيِّ ﷺ[3] **(أنّه نهى عن بيع مالم يقبض وربح مالم يضمن)** [4] وهذا ربح ما لم يضمن؛لأنّ المنافع لم تصر مضمونة عليه [5] ؛بدليل أنّ الدَّار لو انهدمت في يده لم تستقِرَّ عليه الأجرة.[6]

والثَّاني: أنّ المنافع معقود عليها، وينتقل ضمانها إليه ،فلم يطلب له فيها الربح ؛أصله:إذا باع المبيع قبل القبض .

وهذا غلط.

---

[1] انظر/ الإشراف ٢٢٣/١،الحاوي ٤٠٨/٧،حلية العلماء ٥/ ٤٠٢.

[2] قال الكاساني : (ولو أجرها المستأجر بأكثر من الأجرة الأولى فإن كانت الثانية من خلاف جنس الأولى طابت له الزيادة وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادة من بناء أو حفر أو تطيين أو تجصيص فإن لم يزد فيه شيئاً فلا خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الإجارة) بدائع الصنائع ٦٧/٤ .

وانظر/ المبسوط ٧٨/١٥-٧٩،مختصر الطحاوي ص١٢٩،البحر الرائق ٣٠٤/٧

[3] قوله (عن النَّبيِّ ﷺ) ٨/ل/٥٣أ من ب.

[4] تقدم تخريجه في ص٧٨٠.

[5] انظر/ المبسوط ٧٨/١٥،بدائع الصنائع ٦٧/٤.

[6] كما تقدم في ص٧٥١.

لأنّ كلّ ما جاز إجارته برأس المال جاز طلب [1] الربح فيه إذا أحدث فيها عمارة، مثل تجصيص [2] وتطيين.

فإن قيل:إذا أحدث فيها عمارة كانت الزيادة على رأس المال في مقابلة العمارة ؛فلهذا جاز . [3]

فالجواب:أنّ تلك الزيادة لا تكون في مقابلة الجصِّ والطِّين الذي استعمله في الدَّار وإنّما يثبت لزيادة قيمة المنافع بتلك العمارة ،وعندكم أنّه إذا غلت الدُّور لم يجز أن يكريها بزيادة على ما وزن فيها من الأجرة/ مع ما أنّ تلك الزيادة تكون في مقابلة زيادة الأجرة ؛لغلاء الدُّور.

وكذلك إذا لم يحدث فيها عيناً ،لكنه كنسها وغسل صحنها ونظّفها،فزادت قيمتها بذلك فعندكم أنّه [4] لا يجوز أن يكتريها بزيادة مع ما أنّ تلك الزيادة في مقابلة قيمة المنافع بما فعل فيها من النظافة . [5]

ولأنّ كلّ عقد جاز برأس المال جاز طلب الربح فيه،الدليل عليه: البيع.

فإن قيل: هذا يبطل به إذا اشترى ديناراً بدينار ،فإنّه يجوز أن يبيعه بدينار ،ولا يجوز زيادة [6] عليه.

---

[1] في ب (بطلب).

[2] التجصيص الطلاء بالجِصُّ ،و الجصُّ: معرَّب، ورجل جَصَّاصٌ: صانع للجصّ. و الجَصَّاصةُ: الموضعُ الذي يُعمل به الجِصُّ. و جَصَّصَ الحائطَ وغَيره: طلاه بالجِصّ.
انظر/ لسان العرب٧/١٠،المصباح المنير ص٣٩.

[3] انظر/ بدائع الصنائع ٤/٦٧.

[4] أنه :ساقطة من ب .

[5] انظر/ بدائع الصنائع ٤/٦٧.

[6] في ب (بزيادة عليه).

فالجواب:أنّه يجوز طلب الرِّبح فيه ،وهو أن يبيعه بغير جنس الذهب ،ونحن لم نقل في علّتنا جاز طلب الربح فيه من جنسه، حتى يلزمنا هذا.

وأمّا [1] **الجواب عن الخبر** [2] **فهو**:أنّه راجع إلى المبيع؛لأنّه (**نهى عن بيع مـــا لم يقبض**) والقبض الحقيقيُّ إنّما يتصوَّر في العين دون المنافع؛ بدليل أنّه إذا تسلّم الـــدَّار وانهدمت كان الضَّمان على المكري دون المكتري،[3] فإذا كان هذا اللفظ راجعـاً إلى المبيع كان اللفظ الآخر وهو (**النّهي عن ربح ما لم يضمن**[4]) راجعـــاً إلى المبيـــع أيضاً.

وجواب آخر:وهو أنّا لا نسلّم أنّه ربح ما لم يضمن؛لأنّ المنـــافع قـــد دخلـــت في ضمانه؛ ألا ترى أنّه إذا تسلّم الدَّار و لم يسكنها حتى مضت المدة كانت المنافع مـــن ضمانه ؟واستقرَّت عليه الأجرة ؟ [5]

وأمّا الجواب عن قياسهم فهو:أنّا لا نسلّم أنّ ضمانها لم ينتقل إليـــه؛لأنّ المـــدَّة إذا مضت في يده كان عليه ضمان المنافع، واستقرَّت عليه الأجرة.

ثم المعنى في البيع قبل القبض: أنّه لا يجوز برأس المال –وهو الثمن الذي اشتراه بــــه– فلم يجز أيضاً بالزيادة عليه،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّه يجوز أن يكتريـــها بـــالقدر الذي اكتراها به، [6] فجاز أن يكتريها [7] بزيادة عليه ،والله أعلم بالصَّواب.

---

[1] في ب (فأما)

[2] وهو ما روي النبي ﷺ (أنّه نهى عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن).

[3] بدائع الصنائع ٤/٦٧.

[4] قوله (لم يضمن)بداية ٨/ل/٥٣ب.

[5] كما سيأتي في ص٩٢٣.

[6] كما تقدم في بداية الفصل .

[7] في ب (يكريها)

فصل

إذا شرط خيار الثّلاث في الإجارة لم يخلُ حالها من أحد أمرين:-

إمَّا أن تكون معيَّنة له في الذمَّة، أو غير معيَّنة له في الذمَّة.

فإن كانت معيَّنة :وهو أن يكتري داراً إلى مدَّة،أو يكتري بهيمة شهراً،أو ما أشبه ذلك ،لم يجز شرط الخيار فيها، وإذا شرط فسد العقد. [1]

وقال أبو حنيفة: يجوز شرط الخيار فيها. [2]

واحتجَّ من نصره:بأنّه عقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز أن يثبت فيه خيار الشرط ،كالبيع. [3]

ودليلنا:

أنّه عقد على منفعة ؛فلم يثبت فيه خيار الشرط كالنّكاح. [4]

ولأنّ أيّام الخيار الثّلاثة لا تخلو من أن تكون محسوبة على المكري،أو على المكتري.

فإن حسبناها على المكري ألزمناه ثلاثة أيّام زيادة على الشهر حقّاً للمكتري.

وإن حسبناها على المكتري، نقصت المدة ،ورجع الشهر إلى سبعة وعشرين يوماً/

---

[1] انظر/ التنبيه ص١٢٣،المهذب ٢/٢٥٣، الوسيط ٣/١٠١،غنية الفقيه ص٣٧٧.

وفي وجه: يجوز؛ لأنّه صنف من البيوع .

انظر/ الوسيط ٣/١٠١،غنية الفقيه ص٣٧٧.

[2] انظر/ بدائع الصنائع ٤/٢٥، الفتاوى الهندية ٤/٤١١،تكملة فتح القدير ٩/٤١١.

[3] انظر/بدائع الصنائع ٤/٢٥، تكملة فتح القدير ٩/٤١١.

[4] والرهن والهبة والكتابة ،وكل عقد جائز من الجانبين، أو من أحدهما فلا خيار فيها ،لأنها ليست في معنى البيع.

انظر/ الوسيط ٣/١٠١،فتح الوهاب ١/٢٨٩.

٦/ل/٨

وإذا كان /ذلك يؤدّي إلى هذا وجب أن يكون باطلاً؛لأنّ المكتري ليس له الانتفاع في مدَّة الخيار بما اكتراه ،ولا يجب تسليمه إليه،وإن سلّم الأجرة .[١]

وأمّا[٢]الجواب عن قياسهم على البيع فهو:

أنّ في البيع لا تنقص منافع العين/ إذا ردّها؛[٣] فلذلك جاز شرط الخيار فيه ،وفي مسألتنا إذا لم يختر المكتري بطلت المنافع ،فلم يجز شرط الخيار فيها لهذا المعنى .

هذا الكلام في خيار الثلاث.

فأمّا خيار المجلس ففيه وجهان:

أحدهما:لا يثبت في الإجارة ؛لما ذكرنا من التعليل في خيار الشرط. [٤]

والثّاني:يثبت[٥]فيها لقوله ﷺ : ((**المتبايعان بالخيار**)) [٦] وهما في معنى المتبايعين.

---

[١] وبنحوه في المهذب ٢٥٣/٢،الوسيط ١٠٢/٣،فتح الوهاب ٢٨٩/١.

[٢] في ب (فأما).

[٣] قوله (إذا ردّها)بداية ٨/ل/٥٤أ من ب .

[٤] وهو الأصح عند الأكثر ين كالإمام وصاحب التهذيب وبه قال أبو إسحاق وابن خيران .
انظر/ المهذب ٢٥٣/٢،الروضة ٤٣٧/٣،المجموع ١٧٨/٩.

[٥] وهو الأصح عند صاحب المهذب وشيخه الكرخي وبه قال الإصطخري وصاحب التلخيص ،واختاره النووي في تصحيح التنبيه .
انظر/ التلخيص ص٢٣٩،المهذب ٢٥٣/٢،الروضة ٤٣٧/٣،تصحيح التنبيه ٣٧٩/١.

[٦] الحديث متفق عليه من حديث حكيم بن حزام ﷺ بلفظ (البيعان بالخيار) فأخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا بين البيعان و لم يكتما ونصحا ٣٦٢/٤.
ومسلم في كتاب البيوع باب الصدق في البيع والبيان ١٤٩/١٠-١٥٠(١٥٣٢)

ولأنّه لا يمتنع أن يثبت فيها خيار المجلس،وإن كان لا يثبت فيها خيار الشرط كالسَّلم والصَّرف [1] ؛لأنّ خيار المجلس يسير ،فجاز أن يثبت فيه ،وخيار الشـــرط يمتـدّ ويطول ،فلم[يجز أن] [2] يثبت فيه؛لأنّ الغرر يكثر بذلك. [3]

وأمَّا إذا كانت الإجارة في الذِّمَّة :

فمن أصحابنا من قال:هي كما لو كانت معيَّنة لا يجوز فيها خيار الشـــرط وجـــهاً واحداً، وأمَّا خيار المجلس فعلى الوجهين[4].

ومنهم من قال:يثبت فيـــها الخيـــاران [5] ؛لأنّ ذلـــك لا يـــؤدّي إلى الزيـــادة والنقصان،ويفارق المعيَّنة؛لأنّ شرط الخيار فيها يؤدّي إلى ذلك ؛فلهذا لم يثبت.

---

[1] انظر/ الروضة ٣/٤٣٣-٤٣٤، منهج الطلاب وشرحه فتح الوهاب ١/٢٨٩.

[2] [يجز أن] زيادة من ب.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٥٣، غنية الفقيه ص٣٧٨.

[4] انظر/ المهذب ٢/٢٥٣،فتح الوهاب ١/٢٨٩.

[5] وبه قال القفال.

انظر/ الروضة ٣/٤٣٨، فتح الوهاب ١/٢٨٩.

فصـــل

إذا أجر داره شهراً ،ثم إنّه أراد أن يكريها إنساناً آخر الشهر الآخر قبل مضـيٍّ الأوّل لم يجز [1] ؛لأنّها في يد المكتري الأوّل، فلا يقدر على تسليمها إلى الثّاني، [2] فهو كما لو أجر عبداً آبقاً. [3]

ولأنّ ذلك يصير في معنى الإجارة المعلّقة بصفة ،كأنّه يقول إذا انقضت الإجارة الـــتي لفلان فقد أجّرتك هذه الدار بكذا ،و الإجارات لا تتعلّق بالصّفات.

وأمّا إذا أكراها صاحبها من الرجل المكتري،فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فيه قولان:

أحدهما:لا يجوز، [4] للمعنى الذي ذكرنا.

والثاني:يجوز [5] ؛لأنّ الدار في يده مسلّمة،ولأنّه لو أجرها إيّاه شهرين عقده واحدة جاز فكذلك في عقدين ، [6] كما لو باع منه عبدين ،فإنّه يجـــوز بعقـــد واحـــد ،وبعقدين.

---

[1] انظر/ الحاوي ٤٠٨/٧،التهذيب ص١٨٥،الوجيز ٢٣١/١،حلية العلماء ٥/ ٤٠٠،فتح العزيز ٩٦/٦.

[2] الحاوي ٤٠٨/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧١.

[3] انظر/ البيان ٣٠٤/٧.

[4] وهو الأصح عند الغزالي .

انظر/ الوسيط ١٦٢/٤،فتح العزيز ٩٦/٦.

[5] وهو الأصح عند الغوي والنووي ،وقال العمراني في البيان (وهو المنصوص) ٣٠٥/٧.

انظر/ التهذيب ص ١٨٥،الروضة ١٨٢/٥.

[6] انظر/ البيان ٣٠٥/٧.

فصل

تجوز الإجارة بالمنافع،مثل: أن يستأجر داراً بمنافع دارٍ أخرى له [(1)] ،أو بمنافع بهيمةٍ / ،أو عبدٍ، [(2)] فيكون كلُّ واحد من العوضين منفعة،ولا فرق بين أن يكونا من جنس واحد ،أو من جنسين. [(3)]

وقال أبو حنيفة:لا يجوز منافع دار بمنافع دار،ولا منافع بهيمة بمنافع بهيمة،وإنَّما يجوز ذلك إذا اختلف الجنس فيها ،فيعقد على منافع دار بمنافع بهيمة . [(4)]

واحتجَّ من نصره:

بأنّ الجنس الواحد عنده علّة في تحريم النَّساء،فهو كبيع الثَّوب بالثَّوب مؤجَّلاً،وذلك عنده لا يجوز، [(5)] فكذلك هذا . [(6)]

ودليلنا:

أنّهما منفعتان يجوز إفراد الإجارة على كلّ واحدة منهما/فجاز أن يجعل إحداهما عوضاً للأخرى في عقد واحد ،كما إذا كانت من جنسين. [(7)]

---

(1) قوله (له)ساقطة من ب.

(2) قوله (أو عبدٍ) بداية ٨/ل/٥٤ب من ب.

(3) انظر/ الحاوي ٣٩٢/٧،المهذب ٢٥١/٢،حلية العلماء ٥/ ٤٠٠،الروضة ١٧٦/٥.

(4) انظر/ المبسوط ١٣٩/١٥،مختصر اختلاف العلماء ١٢٣/٤، تكملة فتح القدير ١١٢/٩-١١٣،رد المحتار ٦٢/٦.

(5) انظر/ الكتاب وشرحه اللباب ٣٨/٢،الاختيار ٣٧/٢.

(6) انظر/ المبسوط ١٣٩/١٥،تكملة فتح القدير ١١٣/٩.

(7) انظر/ البيان ٣٢٨/٧.

فأمَّا الجواب عمَّا ذكروه من البناء [1] على أصله فهو:أنَّا لا نسلِّم ذلك الأصـــل، [2] وقد دللّنا على فساده في موضعه.

ثم إنّ المنافع كلُّها جنس واحد [3] ؛لأنّ كـــل منفعـــة وانتفـــاع كـــون [4] في مكان ،والكون جنس واحد،وقد أجاز منـــافع الـــدَّار بمنـــافع البهيمـــة وذلـــك جنس واحد [5] .

وجواب آخر:وهو أنّ هذا ليس بتأجيل النسيئة؛لأنّ التأجيل في الإجارة إنَّمـــا هـــو لتقدير المنفعة ؛لأنَّها لا تتقدَّر بالكيل ولا بالوزن،ولا بالذَّرع ولا بالعدد،وإنَّما تتقدَّر بتقدير المدَّة ،فتقدير المدَّة فيها بمنـــزلة الكيل والوزن في المكيل والموزون؛ والذي يدلُّ عليه إجماعنا [6] على أنّه يجوز أن تكون الأجرة مؤجَّلة، [7] ولو كان تقدير المنـــافع تأجيلاً في الحقيقة كان ذلك دَيْـــنَاً بدين وكالئـــاً بكـــالئ ،وذلـــك غـــير جـــائز بالإجماع، [8] فثبت أنّهم غلطوا في قولهم تأجيل،والله أعلم بالصَّواب. [9]

* *

---

[1] في ب (النساء)

[2] ومذهب الشَّافعيُّة أن ما عدا الذهب والفضة ،والمأكول والمشروب لا يحرم فيه شيء من جهات الربـــا وهي النساء والتفاضل ،والتفرق قبل التقابض.
انظر/ رحمة الأمة ص٢٧٥،فتح الوهاب ١/٢٧٦-٢٧٧.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٥١.

[4] الكون اسم لما حدث دفعة . التعريفات ص١٨٨.

[5] انظر/ المبسوط ١٥/١٣٩،تكملة فتح القدير ٩/١١٥.

[6] المراد بالإجماع هنا الاتفاق مع المخالف.

[7] كما تقدم في ص٧٦٤.

[8] كما تقدم في ص٧٤٧.

[9] بالصواب :ساقط من ب .

بـــاب كـــراء الإبــــل

قال الشَّــافعي رضـــي الله عنــه: ((وَكِــراءُ الإِبِــلِ جَــائِزٌ لِلْمحَــامِلِ ،[1] وَالزَّوَامِلِ ،[2] [وَالرِّجَالِ]،[3] وَكَذَلِــكَ [الْــدَّوابُّ][4] لِلسُّــرُوجِ ،[5] وَالأُكُف،[6] وَالْحُمُولَةِ[7] ..إلى آخر الفصل[1])).

---

(1) المَحَامِل جمع مَحْمِل -بفتح الميم الأولى وكسر الثانية- كالمجلس، كذا ضبطه الجوهري وغيره ،وقال غيره: بكسر الأولى وفتح الثانية ،وهو مَرْكَب يُرْكَب عليه على البعير تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٢١.

(2) الزوامل جمع زَامِلَة : والزَّاملة ابعير الذي يحمل الرجل عليه زاده وأداته وماءه ويركبه والزوملة الجماعــة من الناس يقال مات فلان وخلف زوملة من العيال أي جماعة، وجمع الزوملة والزاملة: زوامل انظر/ الصحاح ١٦٧٨/٤،الزاهر ص ٢١٥.

(3)[وَالرِّجَالِ]ساقطة من أ، وهي موجودة في ب ،وفي المختصر المطبوع وهو كذا بالجيم وعليه فهو جمــع راجل ،وهو الماشي على رجله أي ضد الراكب ،ومنـــه قولــه تعــالى : ﴿ وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالاً وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ ﴾ [الحج:٢٧] وعليه فالمعنى كـــراء الإبل للركوب عليها ، ولكن الظاهر، أنّه بالحاء المهملة جمع (رَحْل) وعلى هذا فالمعنى كراء الإبــــل لحمل المتاع لمسافر أو غيره .

ويدل عليه نص الأم (كراء الإبل جائز للمحامل ،والزوامل ،والرواحل ،وغير ذلك من الحمولة، وكذلك كراء الدواب للسروج ،والأكف ،والحمولة...) ٤٠/٤.

(4)[الدواب] ساقطة من أ، وهي موجودة في ب ،وفي المختصر المطبوع ١٣٨.

(5)السُّروج جمع سَرْج وهو :رحل الدابة ، والـــجمع سُروج وأَسْرَجَها إسراجاً وضع علــــيها الســـرج والسَّرّاجُ بائع السُّروجِ وصانعها وحرفته السِّرَاجَةُ. لسان العرب٢٩٧/٢.
انظر/ القاموس المحيط ص١٧٦.

(6)الأُكُف : بضم الهمزة والكاف وتخفيف الكاف، جمع إكاف ،و الإِكافُ و الأُكاف من الـــمراكب: شبه الرِّحالِ والأَقْتابِ، ، والـــجمع آكِفةٌ و أُكُفٌ كإِزار وآزرة وأُزُر. ويقال أيضاً وِكـــاف بكســـر الهمزة والواو، تقول: آكفت الحمار وأوكفته شددت عليه الإكاف.
انظر/ تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٢٠،لسان العرب ٨/٩.

(7)وسيبن المصنف معناها في ص٨٠١.

وروي عن ابن عباس رضي الله عنه أنّه قال في كراء الأرض:والله لنكرينّـــها كـــراء الإبل. [1]

ولأنّ هـــذه منفعـــة يجـــوز إعارتهـــا، فجـــاز إجارتهـــا، كمنفعـــة الأرض.

ولأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك ،كما دعت إجارة الدُّور فينبغي أن يجوز كما جـــازت إجارة الدور. [2]

إذا ثبت هذا .

فإنّها تستأجر لثلاثة أشياء: للحمل ، والركوب ، والعمل ، [3] مثل :إدارة الرَّحـــى والدُّولاب و نحوهما.

فإذا اكترى بهيمة للركوب فمن شَرْط صحَّة ذلك معرفة المركوب ،والراكب ،وقـــدر المسير.

فأمَّا المركوب :فإن كان مشاهداً صار معلوماً بالمشاهدة. [4]

=

والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الإجارة باب كراء الإبل ١٢١/٦.

والحاكم في المستدرك وصححه ٦١٨/١.

والدار قطني في سننه ٢٩٢/٢.

[1] أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق عن سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب

حدثنا أبو بكر قال حدثنا ابن عيينة عن عمرو سمع سالماً يقول: أكثر رافع بن خديـــج علـــى نفســـه والله لنكرينها كراء الإبل ٣٧٨/٤.

أخبرنا عبد الرزاق قال أخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار قال سمعت سالم بن عبد الله يقول: أكثر رافـــع بن خديج على نفسه والله لنكرينها كري الإبل ٩٣/٨.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧١.

[3] انظر/ الحاوي ٤١١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،البيان ٣٠٨/٧.

[4] انظر/ المهذب ٢٤٧/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،البيان ٣٠٩/٧

وهذا كما قال.

يجوز كراء الإبل والدَّواب /[البغال] [2] [3] والحمير والبقر. [4]

لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنه في قول تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [5] قال:أن تحج وتكري. [6]

ورُوِي أنّ رجلاً قال لابن عمر رضي الله عنهما :إنّي أكري في هذه الحجَّة،فهل لي حجٌّ ؟ قال:أليس تحرم في الميقات وتطوف وتسعى ؟ قال: نعم قال:ففي ذلك نزل **قوله تعالى** :﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [7] .

=

[1] مختصر المزني ص ١٣٨،وتمامه :(ولا يجوز من ذلك مَغِيبٌ حتى يرى الراكبين وظرف المحمل ،والوطاء والظل إن شرطه ؛لأنَّ ذلك يختلف فيتباين، والحمولة بوزن معلوم أو كيل معلوم في ظروف ترى أو تكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر جبلية وما أشبه هذا، وإن ذكر محملاً أو مركبًا أو زاملةً بغير رؤية ولا صفةٍ فهو مفسوخٌ للجهل بذلك، وإن أكراه محملاً وأراه إيَّاه، وقال معه معاليق ،أو قال ما يصلحه فالقياس أنَّه فاسد، ومن الناس من يقول له بقدر ما يراه الناس وسطًا. وإن أكراه إلى مكة فشرط سيرًا معلوماً فهو أصح، وإن لم يشترط فالذي أحفظه أنَّ السير معلوم على المراحل؛ لأنَّها الأغلب من سير الناس كما أن له من الكراء الأغلب من نقد البلد، وأيُّهما أراد المجاوزة أو التقصير لم يكن لـه، فـإن تكارى إبلاً بأعيانها ركبها، وإن ذكر حمولة مضمونة و لم تكن بأعيانها ركب ما يحمله غير مضر بـه، وعليه أن يركب المرأة وينزلها عن البعير باركاً؛ لأنه ركوب النساء، وينزل الرجل للصلاة وينتظره حتى يصليها غير معجل له ولما لا بد له منه من الوضوء).

[2] [البغال] ساقطة من أ.

[3] قوله (البغال)بداية ٨/ل/٥٥أ من ب.

[4] انظر/ الأم ٤/ ٤٠، بحر المذهب ٩/ل ١٧١،البيان ٧/ ٣٠٨.

[5] سورة البقرة آية رقم (١٩٨).

[6] ذكره عن ابن عباس العمراني في البيان ٧/ ٣٠٨،وابن قدامه في المغني ٨/ ٨٩،ونقله عنه د/ قعلجي في موسوعة ابن عباس ، ١/ ٥٩،و لم أعثر عليه في غيرها فيما أطلعت عليه في المراجع .

[7] أخرجه أبو داود في كتاب الحج باب الكَرِي ٢/ ١٤٢،برقم (١٧٣٣).

=

وإن لم يكن مشاهداً وصفه بثلاثة أشياء: بالجنس [1] ، والنوع [2] ، والذكوريَّة والأنوثيَّة [3] ،وإنَّما اعتبرنا ذكر الجنس؛ لأنّ غرض الراكب يختلف باختلاف /أجناس المركوب، [4] فربَّما كان له غرض في أن يركب بعيراً دون أن يركب دابَّة،وكذلك يختلف الغرض باختلاف الأنواع ،فإذا ذكر الجنس فقال:دابَّة،ذكر النوع فقال:بِرْذَون [5] أو عربي، وإن كان حماراً قال:مصريّ ،أو شاميّ.

٦/ل/٩

ويذكر الذكوريَّة والأنوثيَّة؛لأنّ الغرض يختلف بذلك أيضاً ؛إذ الأنثى أسهل في القياد واللين في المسير،والذكر أكدّ لراكبه. [6]

---

[1] انظر/ الحاوي ٤١١/٧،المهذب ٢٤٧/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،البيان ٣٠٩/٧،الروضة ٢٠٢/٥، مغني المحتاج ٣٤٣/٢.

[2] وفي اشتراط ذكر النوع إذا كان في الجنس الواحد نوعان مختلفان في السير وجهان :
أحدهما :يجب ذكره ؛لأنّ سيرهما يختلف .
الثاني :لا يجب ؛لأنّ التفاوت يقل .
انظر/ الحاوي ٤١١/٧،المهذب ٢٢٧/٢، الوسيط ١٧١/٤،البيان ٣٠٩/٧.

[3] وهو الأصح .
وفي وجه :لا يشترط ذكر الأنوثة والذكورة .
انظر/ فتح العزيز ١١٨/٦،الروضة ٢٠٢/٥،المنهاج مع مغني المحتاج ٣٤٣/٢.

[4] انظر/ الحاوي ٤١١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،المهذب ٢٤٧/٢.

[5] البِرْذَوْن :بالذال المعجمة الدابَّة ، يقع على الذكر والأنثى وربما قالوا في الأنثى من البراذين بِرْذونة .
وقيل:أنّ اشتقاقه من برذن الرجل برذنة إذا ثقل .
انظر/ الصحاح ٢٠٧٨/٥، لسان العرب ٥١/١٣، المصباح المنير ص١٦.

[6] انظر/ البيان ٣٠٩/٧،فتح العزيز ١١٨/٦،الروضة ٢٠٣/٥،مغني المحتاج ٣٤٣/٢.

فأمَّا الراكب : فلا يصير معلوماً إلا بالمشـــاهدة ، [1] وإنّمـــا اعتبرنـــا أن يكـــون معلوماً؛لأنّ غرض المكري يختلف بذلك ؛فإنّ المكتري إذا كان سميناً أثقـــل بهيمتـــه /وأتعبها[2] ،وإذا كان نحيفاً كان أخفَّ للبهيمة وأسهل عليها. [3]

وأمَّا المسافة: فلا بدَّ من أن تكون معلومة[4]؛لأنّ الغرض يختلف بذلك، فإن كـــانت بعيدة كان أتعب للبهيمة منها إذا كانت قريبة.

ويتقدَّر ذلك بالزَّمان وبالمكان، فيكتريها كذا وكذا يوماً ،وذلك بقدر الزَّمان، أو من الموضع الفلاني إلى الموضع الفلاني ،فذلك تقدير المكان،فإذا حصلت هذه الشـــرائط كان العقد صحيحاً.

فأمَّا [5] **ما توطأ** به البهيمة من السَّرْج والإكاف والقِتب [6] ونحو ذلـــك فإنّـــه ينظر:-

---

[1] انظر/ الأم ٤/٤٠، الحاوي ٧/٤١١،المهذب ٢/٢٤٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،البيان ٧/٣٠٩.
- وفي وجه وهو الأصح :أنّ الوصف التام يكفي عنها .
وبماذا يصفه ؟ فيها وجهان :
أحدهما :يصفه بالوزن :وقطع به البغوي .
والثاني :يصفه بالضخامة والنحافة ،ليعرف الوزن تخميناً ،وهو الأرجح .
انظر/ التهذيب ص٢٣٩،فتح العزيز ٦/١١٦،الروضة ٥/٢٠١،مغني المحتاج ٢/٣٤٢.

[2] قوله (وأتعبها)بداية ٨/ل/٥٥ب، من ب.

[3] انظر/ الحاوي ٧/٤١١،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،البيان ٧/٣٠٩.

[4] انظر/ البيان ٧/٣١١،فتح العزيز ٦/١١٨،الروضة ٥/٢٠٢.
- ونقل العمراني والرافعي والنووي عن المصنف أبي الطيب أنَّ الطريق إذا كان مخوفاً ،فلا يجوز تقديـــر السير فيه ؛لأنّ السير ليس إلى اختيارهما .
انظر/ البيان ٧/٣١١،فتح العزيز ٦/١١٩،الروضة ٥/٢٠٢.

[5] في ب (وأما).

[6] القِتْبُ و القَتَبُ: بالتحريك رحل صغير على قدر السنام ، وقد يؤنث، والتذكير أعم، ولذلـــك أنّثـــوا التصغير، فقالوا: قُتَـــيبة.

=

فإن كان قد عيَّن شيئاً منها في العقد تعيَّن. [1]

وإن كان أطلق و لم يشرط شيئاً منها حمل عليها على حسب العادة. [2]

فإن كانت مما تسرج أسرجها،وإن كانت مما لا تسرج وطأ بما العادة جارية أن يوطأ به . [3]

فإن كان شرط أن يحمل عليها محملاً يركبه ،أو كنيسة [4] فلا بدَّ من أن يكون معلوماً؛لأنّ الغرض يختلف باختلافه ،فالثقيل منها يتعب البهيمة، والخفيف لا يتعبها، وإنَّما يصير ذلك معلوماً بالمشاهدة [5] ،وإن كان منها نوع معروف لا يختلف مثل: محامل بغداد ؛فإنّها تكون خفافاً ،أو محامل خُوارِزم؛ [6] فإنّها تكون ثقالاً ،فيجوز أن يطلق ذلك ،فيقول: على أن أحمل

انظر/ الصحاح ١/١٩٨،لسان العرب ١/٦٦٠.

[1] انظر/ الإشراف ١/٢١٥، الحاوي ٧/٤١٢، التهذيب ص٢٣٩،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،البيان ٧/٣١٠.

[2] وهو الأصح .

وفي وجه لا يشترط بيان ما يوطأ به فوق المحمل .

انظر/ البيان ٧/٣١٠،فتح العزيز ٦/١١٧،الروضة ٥/٢٠٢.

[3] في ب (جارية به أن يوطَّأ)

[4] الكنيسة :شبه هودجٍ يُغرز في المحمل ،أو في الرَّحل ،قضبان ويلقى عليه ثوب يستظل به الراكب ويستتر به ،والجمع فيهما كنائس مثل كريمة ،وكرائم . المصباح المنير ص٢٠٧.

[5] وهو المذهب كما نقله أبو إسحاق الشيرازي ؛لأنّها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة .المهذب ٢/٢٤٨.

وانظر/ الإشراف لابن المنذر ١/٢١٥،الحاوي ٧/٤١٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،البيان ٧/٣١٠.

[6] خُوارِزم :بضم أوله وبالراء المهملة المكسورة والزاي المعجمة بعدها من بلاد خراسان قيل : معنى خوارزم الهين حربها؛ لأنها في سهلة لا جبل بها.

انظر/ معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع ٢/٥١٥.

عليها محملاً بغداديًّا ، أو يقول: خُوارِزميًّا ،فيكفي ذلك، [١] ويشترط أن يكون مكشوفاً أو مغطًّى [٢] ؛لأنّ الغرض يختلف باختلاف ذلك . [٣]

فأمَّا [٤] **الغطاء** الذي يكون على الكنيسة :فيجوز أن يطلقه؛لأنّه لا يختلف اختلافاً متفاوتاً . [٥]

وأمَّا المعاليق : [٦] مثل السفرة ، والمَزادة، [٧] والسَّطِيحة : [١] وما يجري مجرى ذلك.

---

[١] أمَّا المحاميل الخراساتية فلا بد من مشاهدها ،وهذا قول أبي إسحاق المروزي .
وفي وجه :أنّه يجوز العقد عليه بالوصف ؛لأنّه يمكن وصفه، فجاز العقد عليه بالصفة ،وهذا الوجه محكي عن أبي علي بن أبي هريرة .
وفي وجه :أنّ المعتبر فيهما المشاهدة أو الوصف مع الوزن؛ لإفادهما التخمين ،وهو الأصح .
انظر/ الحاوي ٤١٢/٧، المهذب ٢٤٧/٢-٢٤٨،البيان ٣٠٩/٧-٣١٠.

[٢] انظر/ فتح العزيز ١١٧/٦،الروضة ٢٠١/٥،مغني المحتاج ٣٤٢/٤.

[٣] انظر/ البيان ٣١٠/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧١،الروضة ٢٠٢/٥.
- وإذا شرط المظلة هل يكفي الإطلاق أم لا؟ .وجهان .
- قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ :يكفي إطلاقه لتقارب تفاوته .
قال ابن كج والمتولي :يشترط رؤيته أو وصفه وهو ظاهر النص.
انظر/ الأم ٤٠/٤، البيان ٣١٠/٧، فتح العزيز ١١٧/٦،الروضة ٢٠٢/٥.

[٤] في ب (وأما).

[٥] قال الرافعي : (لو كان فيه عرف مطرد كفي الإطلاق). ١١٧/٦.و انظر/ الروضة ٢٠٢/٥،مغني المحتاج ٣٤٢/٢.

[٦] المعاليق :واحدها مِعْلاق وهو ما يعلق بعروة أو غيرها من غير ربط ولا شدّ .
انظر/ النظم المستعذب ٢٤٨/٢،لسان العرب ٢٦٥/١٠.

[٧] المزَادة :هي الظرف الذي يحمل فيه الماء كالراوية والقربة والسَّطيحة والجمع مزَادٌ ومَزايد ومزاود والميم زائدة والمزادة مَفْعَلَة من الزيادة .
انظر/ القاموس المحيط ص٢٥٩، لسان العرب ١٩٩/٣.

فإن شرطها وشاهدها المكري جاز .[2]

وإن شرطها و لم يرها المكري، فعقد العقد بشرط مطلق فيها ،فقد ذكر الشافعي رحمه الله أنّه يكون فاسداً؛لأنّه قال: ((**فالقياس أنّه فاسد،ومن الناس من يقول:له أن يقدِّر [3]ما يراه الناس وسطاً**)).[4]

وقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال:المسألة على قولين: [5]

أحدهما:يكون العقد فاسداً إذا أطلق ذلك/؛لأنّه يختلف ويتباين، فلا يرجع الإطلاق إلى شيء معلوم. [6]

٦/ل/٦٠

والثّاني:يصحُّ ،ويحمل ذلك على ما يراه الناس وسطاً في العادة. [7] .

ومنهم من قال:المذهب أنّه فاسد، [8]وهو القياس، وما حكاه الشافعي رحمه الله فليس هو قوله ،وإنّما هو حكايةٌ [عن] [9] مذهب غيره [10] ؛لأنّ الشافعي

=

[1]السَّطيحة والسَّطِيح: المَزادة التي من أديمَيْن قُوبل أحدُهما بالآخر وتكون صغيرة وتكون كبيرة ، وهي من أواني المياه. لسان العرب ٢/٤٨٤.

انظر/ القاموس المحيط ٤/٤٨٤.

[2] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/٢١٥،الحاوي ٧/٤١٢،التهذيب ص٢٤٢،البيان ٧/٣١٠،الروضة ٥/٢٠٢.

[3]قوله (أن يقدِّر)بداية ٨/ل/٥٦أ من ب.

[4] انظر/ الأم ٤/٤٠-٤١،مختصر المزني ص ١٣٨.

[5] وهو أشهر الطريقين . فتح العزيز ٦/١١٨.

[6] انظر/ المهذب ٢/٢٤٨،التهذيب ص٢٤٢،البيان ٧/٣١٠.

[7] انظر المراجع السابقة .

[8] وهو المذهب المنصوص .

انظر/ المهذب ٢/٢٤٨،التهذيب ص٢٤٢،الروضة ٥/٢٠٢.

[9] [عن] زيادة من ب .

[10] انظر/ فتح العزيز ٦/١١٨.

رحمه الله ذكر أنّ ذلــــك استحســـان وهـــو لا يقـــول بالاستحســـان، [1] [2] والله أعلم.

[1] انظر/ البيان ٧/٣١١.

[2] اختلف الأصوليون في تعريف الاستحسان على أقوال متعددة ومن أشهر تلك التعريفات :

أنّه دليل ينقدح في نفس المجتهد ،يعسر عليه التعبير عنه .

وقيل: هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى.

وقيل: هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس .

وقيل: تخصيص قياس بأقوى منه.

وقيل :هو ما يستحسنه المجتهد بعقله.

وقيل :هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر ،لوجه أقوى يقتضي هذا العدول .وهو أقـوى التعريفات .

أما حكم الاحتجاج بالاستحسان

فلا خلاف في جواز استعمال لفظ الاستحسان وإطلاقه ،ولا خلاف أيضاً في أن الاستحسان إذا كان يراد به :ما يميل إليه الإنسان من الصور والمعاني ،وإن كان مستقبحاً عند غيره :لا خلاف أنّه مردود وباطل باتفاق الأمة،وعلى هذا يكون الخلاف في معنى الاستحسان غير ما سبق ذكره واختلفوا إلى فيه قولين:

أ- أنّه حجه:وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ونقله عن مالك ابن القاسم والشاطبي ،وبه قال الحنابلة ونصوا على أنّه أنص الروايتين عن أحمد .

ب- أنّه ليس بحجة ،وهو قول الشّافعيُّة ،والظاهرية ،ونسب هذا القول لمالك القاضي عبـــد الوهـــاب ،والقرطبي .

انظر/ المختصر لابن الحاجب ٢/٢٨٨،أصول السرخســـي ١/١٩٩-٢٠٠،شـرح الكوكـب المنـير ٤/٤٢٨،إرشاد الفحول ص٤٠١-٤٠٢، المدخل لابن بدران ص٢٩١،أثر الأدلة المختلف فيها في الفقـــه الإسلامي ص١٣٠-١٣٣،أدلة التشريع المختلف بالاحتجاج بها ص١٥٦-١٥٨، الأدلة العقلية وعلاقتـــها بالنقلية ص١٨١-١٩٠.

فـــصـــل

قد مضى الكلام في **فصل** الركوب .[1]

فأمَّا إذا أكراها للحمل فقد قال الشَّافعي رحمه الله : ((**وكذلك الدَّواب للسَّرج والأُكُفِ والحُمولة ــ بضم الحاء ــ**))[2] وهي الأحمال[3] وأمَّا الحَمُولة ــ بفتح الحاء ــ فهي الإبل التي تَحْمل الأحمال[4] قال الله تعالى: ﴿ وَمِنَ ٱلْأَنْعَٰمِ حَمُولَةً وَفَرْشًاۚ ﴾[5] فالحَمولة الكبار، والفرش الصغار.[6]

فإذا اكترى بهيمة للحمل فليس من شرط صحَّة العقد أن يعيَّن جنس البهيمة،ويكفي أن يقول:اكتريت منك، أو كريت منك لحمل كذا إلى الموضع الفلاني.[7]

---

[1] في ص٧٩٤.

[2] مختصر المزني ص١٣٨.

[3] انظر/ الصحاح ١٧١٨/٤،لسان العرب ١٨٣/١١.

[4] انظر/ القاموس المحيط ص٨٨٩،لسان العرب ١٨٣/١١.

[5] سورة الأنعام آية رقم :[١٤٢]

[6] قال الطبري في تفسيره : (والحمولة ما حمل عليه من الإبل وغيرها، والفَرْش صغار الإبل التي لم تدرك أن يحمل عليها ،واختلف أهل التأويل في تأويل ذلك فقال بعضهم :الحمولة ما حمل عليه من كبار الإبل ومسالها والفرش صغارها التي لا يحمل عليها لصغرها ...... وقال بعضهم الحمولة من الإبل وما لم يكن من الحمولة فهو الفرش ..... ويقال :الحمولة من البقر والإبل والفرش الغنم ، وقال آخرون: الحمولة ما حمل عليه من الإبل والخيل والبغال وغير ذلك ،والفرش الغنم). ٦٢/٨-٦٣.

و انظر/ تفسير ابن كثير١٧٤/٢، تفسير القرطبي ٣٤/٦.

[7] انظر/ الحاوي ٤١٢/٧،المهذب ٢٤٨/٢،الوجيز ٢٣٣/١-٢٣٤،البيان ٣١٣/٧.

- ويستثنى من ذلك إذا كان المحمول زجاجاً ،أو خزفاً وشبههما ،فلا بد من معرفة جنس الدابة وحالها . انظر/ الوجيز ٢٣٣/١-٢٣٤،الروضة ٢٠٥/٥، فتح الوهاب ٤٢٧/١،مغني المحتاج ٣٤٤/٢.

ويفارق -حيث قلنا :لا بُد من ذكر الجنس إذا اكتراهـا للركـوب-؛لأنّ غـرض الراكب يختلف باختلاف المركوب،وأمَّا غرضه في الحمل فلا يختلـف؛لأنّ قصـده تحصيل حمولته في الموضع الذي سمّاه [له] (١) (٢) ، وله أن يحمله بما شاء من البهائم، حتى لو حمله على ظهره كان له ذلك.

وأمَّا المحمول فلا بُد من أن يكون معلوماً (٣) .

وإنّما يصير معلوماً بأمرين

أحدهما:أن يذكر قدره كيلاً أو وزناً. (٤)

والثّاني:أن يذكر جنسه فيقول:حديد، أو قطن ،أو طعام . (٥)

وإنّما اعتبرنا ذكر هذين الأمرين؛لأنّ الغرض يختلف بهما ،فإن كان كبـيراً أتعـب البهيمة،وإن كان يسيراً لم يتعبها . (٦)

وكذلك الغرض يختلف في الجنس على حسب اختلافه في نفسه ،فإن كان حديـداً اعتمد على موضع واحد من البهيمة فربما عَقَرها (٧) ،وإن كان قطنـاً ،أو شـيئاً

---

(١)[له] ساقطة من أ.

(٢) انظر/ المهذب ٢٤٨/٢، البيان ٢٠٥/٧،الروضة ٢٠٥/٥.

(٣) فإن كان المحمول حاضراً ،ورآه المؤجر كفى ،وإلا فلا بد من تقديره بالوزن أو الكيل ،وبذكر جنسـه كما سيبينه المصنف .

انظر/ المهذب ٢٤٨/٢،البيان ٣١٣/٧،الروضة ٢٠٤/٥.

-وفي قول نقله الماوردي أنّ الإجارة لا تصح حتى تكون معلومة القدر والوزن عندهما مـع المشـاهدة . الحاوي ٤١٣/٧،و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٣.

(٤) انظر/ الإشراف لابن المنذر ٢١٥/١،المهذب ٢٤٨/٢،التهذيب ص٢٤١ .،الوسيط ١٧٢/٤.

(٥) انظر/ الحاوي ٤١٣/٧،المهذب ٢٤٨/٢،البيان ٣١٣/٧.

(٦) انظر/ المهذب ٢٤٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٣، البيان ٣١٣/٧.

(٧) يقال عَقَرَ القَتَبُ والرحل ظهر الناقة، والسرجُ ظهرَ الدابة يَعْقِرُه عَقْراً: حَزَّه وأَدْبَرَه. و اعْتَقَر الظـهرُ و انْعَقَر: دَبِرَ. لسان العرب ٥٩٤/٤.

/يتجافى[1] [2] فوقها ويعتمد على جميع بدنها فيضطرب تحته ؛لتجافيه ومدافعة الرِّيح له ، [3]وأمَّا الغرائر ، [4] والظروف، [5] فإن كان شرط الوزن لم يحتج أن يعيِّن الظروف [6] ؛لأنَّها تدخل في وزن الحمولة. [7]

فإن كان شرط أن يحمل مائة مناً لزمه حمل مائة مع الظروف.

وإن كان شرط الكيل مثل :أن يقول:أكريت منك لتحمل لي [8] عشرة أقفزة لم يكن بدٌّ من أن يكون الظرف معلوماً [9] ؛لأنَّ الغرض يختلف باختلافه ؛إذ من الظروف خفيف ومنها ثقيل. [10]

فإن كان منها نوع لا يختلف كان جائزاً أن يطلق ذلك، وتسمية النَّوع يكفي في بيانها . [11]

---

[1] قوله (يتجافى)بداية ٨/ل/٥٦ب من ب .

[2] تجافى : لم يلزم مكانه . القاموس المحيط ص١٤٤.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٣،البيان ٣١٣/٧،مغني المحتاج ٣٤٣/٢.

[4] الغَرَائر :شبه العدل واحدها غِرارة.

انظر/ المصباح المنير ص١٦٩.

[5] و ظَرْفُ الشيء: وِعاؤه، والجمع ظُروف، ومنه ظُروف الأَزمنة والأَمكنة. الليث: الظَّرْف وعاء كل شيء حتى إِنّ الإِبْرِيق ظرف لما فيه . لسان العرب ٢٢٩/٩.

[6] انظر/ المهذب ٢٤٨/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٣،البيان ٣١٣/٧،الروضة ٢٠٤/٥.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٣، البيان ٣١٣/٧.

[8] لي :ساقطة من ب.

[9] انظر/ المهذب ٢٤٨/٢، بحر المذهب ٩/ل ١٧٣، البيان ٣١٣/٧، فتح العزيز ١٢٠/٦ .

- ويكون الظرف معلوماً بالرؤية أو الوصف .

انظر/ فتح العزيز ١٢٠/٦، الروضة ٢٠٤/٥-٢٠٥.

[10] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٣، البيان ٣١٣/٧.

[11] انظر/ الأم ٤٠/٤، المهذب ٢٤٨/٢، التهذيب ص٢٤١-٢٤٢.

فأمَّا إذا أكراها للعمل :

فإن كان أكراها لإدارة الرَّحى فمن شَرْطه أن تكون البهيمة معلومة [1] ؛لأنَّ الغرض يختلف باختلافها في الطَّحن؛لأنَّها إذا كانت قويَّة كان الطَّحن أسرع والمطحون أنعم. [2]

ومن شرطه أيضاً أن يشاهد صاحبها/ الحَجَر ؛ليعلم ثقله وخِفَّته. [3]

1/6

ومن شرطه تقدير الطحن.

أمَّا بالزَّمان فيقول:يومين، أو يوماً ،أو أقلّ، أو أكثر. [4]

أو بالمقدار فيقول:كذا وكذا قفيزاً . [5]

وإن اكتراها للدولاب:[6] فمن شرطه أن يشاهد صاحبها الدُّولاب،ويشاهد دلائه [7] ؛لأنَّ الغرض يختلف بثقل ذلك وخفَّته. [8]

=

-وذلك إذا كانت الظروف والغرائر متماثلة اطرَّد العرف باستعمالها فيحمل مطلق العقد عليها ،ومثلوا لها بالغرائر الجبلية .

انظر/ الأم ٤/٤٠،بحر المذهب ٩/ل ١٧٣، البيان ٧/٣١٣،فتح العزيز ٦/١٢٠،الروضة ٥/٢٠٥.

[1] انظر/ الحاوي ٧/٤١٤،المهذب ٢/٢٤٨،بحر المذهب ٩/ل ١٧٤.

-وتكون البهيمة معلومة إمَّا بالمشاهدة أو بالصَّفة .

انظر/ المهذب ٢/٢٤٨،البيان ٧/٣١٤.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٤، البيان ٧/٣١٤.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٤٨، بحر المذهب ٩/ل ١٧٤، البيان ٧/٣١٤.

[4] انظر/ البيان ٧/٣١٤.

[5] انظر/ المرجع السابق .

[6] أي لإدارة الدَّولاب .

[7] انظر/ المهذب ٢/٢٤٨،الوجيز ١/٢٣٤،البيان ٧/٣١٤،الروضة ٥/٢٠٦.

- ويجب أن يعرف المؤجر موضع البئر وعمقها ،وذلك إما بالمشاهدة ، أو بالوصف إن كان الوصف يضبطها . الروضة ٥/٢٠٦.

[8] انظر/ المهذب ٢/٢٤٨، البيان ٧/٣١٤.

وإن اكتراها للاستقاء بالغَرْب: [1] فمن شَرْطه أن يشاهد صاحب البهيمة الغَرْبَ. [2]

ومن شرطه أن يقدِّر الاستقاء إمَّا بالزَّمان فيقول: كذا يوماً، أو بالقَدْر فيقول: كذا غَرْباً. [3]

ولا يجوز أن يقدِّره بموضع السَّقي فيقول: على أن أسقي به هذا البستان، أو هذه القطعة من الأرض [4]؛ لأنَّ ذلك يختلف اختلافاً متبايناً، فربما كان به عطش شديد فلم يكفه إلا الماء الكثير، وربما كان ريَّانَ فكفاه الماء القليل. [5]

فإن أكراها للحرث: كان من شَرْطه أن يشاهد ربُّ البهيمة الأرضَ [6]؛ لأنَّها قد تكون صلبة فتكُدُّ [7] البهيمة، وقد تكون رِخْوة [8] فيسهل عليها حرثها. [9]

---

(1) الغَرْب: دَلْو عظيمة من مَسْكِ ثَوْرٍ، يُسْتَقَى بها على السانية؛ مُذَكَّرٌ، وجمعهُ غُروبٌ. لسان العرب ١/٦٤٢.

(2) انظر/ البيان ٧/٣١٤.

(3) انظر/ البيان ٧/٣١٤، الروضة ٥/٢٠٦.

(4) انظر/ البيان ٧/٣١٤، الروضة ٥/٢٠٦.

(5) انظر/ البيان ٧/٣١٤.

(6) انظر/ المهذب ٢/٢٤٩، بحر المذهب ٩/ل ١٧٤، البيان ٧/٣١٥.

(7) الكَدُّ: الشدّة في العَملِ وطَلَبُ الرزقِ والإلحاحُ في مُحَاوَلةِ الشيءِ، وقد كَدَّهُ يَكُدُّه كَدّاً و اكْتَدَّهُ و اسْتَكَدَّه، وكَدَّ الدابةَ والإنسانَ وغيرَهما يَكُدُّه كَدّاً أتعبه، والكَدُّ: الإتعابُ: يقال: كَدَّ يَكُدُّ في عمله إذا استعجل وتَعِبَ. لسان العرب ٤/٣٧٧-٣٧٨.

(8) رِخوة: أي لينة سهلة. المصباح المنير ص٨٥.

(9) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٢، البيان ٧/٣١٥.

ويقدَّر العمل بالمكان مثل: أن يقول:تحرث لي هذا/ الجريب[1] [2] ، أو هذه القطعة من الأرض.[3]

أو يقدَّر ذلك بالزَّمان فيقول:تحرث لي بها يوماً ،أو يومين .[4]

ويفارق هذا الاستقاء حيث قلنا:لا يجوز التقدير فيه بالمكان؛لأنّ ذلك يختلف على[حسب] [5] ما بيَّنّاه [6] ،وأمّا في الحرث فلا يختلف.

---

[1] قوله (الجريب)بداية ٨/ل/٥٧أ من ب.

[2] الـجَرِيبُ من الأرضِ: مِقْدار معلومُ الذِّراع والـمِساحةِ،وجمعها أجرِبة ،وجُربان بالضم ،ويختلف مُقدارها بحسب اصطلاح أهل لأقاليم فقيل هو عَشَرَةُ أَقْفِزة، كل قَفِيز منها عَشَرَةُ أَعْشِراء، فالعَشِيرُ جُزءٌ من مائة جُزْءٍ من الـجَرِيب،وقال بعضهم : هي ساحة مربعة كل جانب منها ستون ذراعاً ،فتكون مساحتها ثلاثة ألآف وستمائة .

-وقدره د.محمد أحمد الخاروف بـ ١٣٦٦،٠٤١٦ متراً مربعاً.انظر/ تحقيقه كتاب الإيضاح والتبيان ص٨١.

انظر/ النظم المستعذب ٢٤٩/٢،لسان العرب ٢٦٠/١،المصباح المنير ص٣٧.

[3] إن استأجر ظهراً للحرث على جربان لم يفتقر إلى العلم بالظهر ؛لأنّه لا يختلف .

انظر/ المهذب ٢٤٩/٢،البيان ٣١٥/٧.

[4] وهو الصحيح .

وفي وجه :لا يجوز تقدير هذه المنفعة بالمدة ؛لأنّه مجهول .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٤،البيان ٣١٥/٧،الروضة ٢٠٦/٥.

[5] [حسب] زيادة من ب.

[6] في ص٨٠٥.

فصـــــل

في بيان ما على المكري وما على المكتري:

على المكري:السَّرج إن كانت مما [1] تُسرج ، والإكاف ،والقِتَب ،واللِّجـــام [2] ،والمِقْـــود، والـــبُرَة [3] الـــذي يكـــون في أنـــف الجمـــــل ، والبرذعة. [4] [5]

---

[1] في ب (ممن)

[2] اللِّـــجام: حبْلٌ أو عصاً تُدْخَـــل فـــي فم الدابة وتُلْزق إِلـــى قفاه. ، وقيل: هو فارسي معرب، وقيل : عربي والـــجمع أَلْـــجمة و لُـــجُم و لُـــجْم.
انظر / لسان العرب ٥٣٤/١٢، المصباح المنير ص٢١٠.

[3] البُرَةُ :هي التـــي يُشَدُّ فـــيها زمام الناقة لها إِقلـــيد، وهو طَرَفها يُثْنى علـــى طرفها الآخرِ ويُلْوَى لَـــيّاً حتـــى يَسْتَمْسِك. لسان العرب ٣٦٦/٣.

[4] البَرْذَعةُ: الـــحِلس الذي يُلقـــى تـــحت الرَّحل، والـــجمع البَراذِع، وخصَّ بعضهم به الـــحِمار مـــا يركب عليه بمنزلة السَّرج للفرس، وقيل : هي البرذعة والبردعة، بالذّال والدَّال.
انظر/ لسان العرب ٩/٨،المصباح المنير ص١٧.

[5] فكل ما يحتاج إليه للتمكن من الركوب فهو على المكري وبه قال الأكثر .
انظر/ المهذب ٢٥٣/٢-٢٥٤، بحر المذهب ٩/ل ١٧٤ ،التهذيب ص٢٤٥،الوجيز ٢٣٦/١،البيان ٣٣٩/٧.
- قال النووي : (وفي السَّرج إذا اكترى الفرس أوجه : ثالثها اتباع العادة قلت :صحح الرافعي في المحرر اتباع العادة ،والله أعلم وقال أبو الحسن العبادي في الرقم لا يلزم مكري الدابة إلا تســـليمها عاريـــة والآلات كلّها على المستأجر.
وقال البغوي ما عدا السَّرج والإكاف والبَرْذَعة فعلى المؤجر ،وأمَّا هذه الثلاثة فإن استأجر عين الدَّابة فهي على المستأجر ،ويضمن لو ركب بغير إكاف وسرج ،وإن كانت على الذّمة فعلى المؤجر ؛لأنَّـــها للتمكين من الانتفاع). الروضة ٢١٩/٥.و انظر/ الوجيز ٢٣٦/١،فتح الوهاب ٤٢٨/١،مغني المحتـــاج ٣٤٧/٢.

وعلى المكتري:المحمل،والكنيسة،والحبل الذي يشد به المحمل،والوطاء وهو الذي يكون تحت الكنيسة فوق البلان [1] وهو محشو كالمخدة كل ما يتعلق بمصلحة الكنيسة والقتب فهو عليه [2] .

وأمّا حفظ المَحْمِل والكنيسة فعلى المكري ،وكذلك حملها على البهيمة وشدّهما عليها. [3]

وأمّا شدُّ قيد المَحْمَل ففيه وجهان :

أحدهما :على المكري [4] ؛لأنّه من جملة الشّدِّ. [5]

والثّاني: على المكتري؛لأنّه من مصلحة المَحْمَل. [6]

---

(1) البلان :اسم للقتب بالفارسية .انظر/ عون المعبود ١٤٧/٨.

(2) فما يحتاج إليه للتوطئة ولإصلاح المركوب والترفه فهو على المكتري .
انظر/ المهذب ٢٥٤/٢،الوجيز ٢٣٦/١،البيان ٣٣٩/٧،المنهاج مع نغني المحتاج ٣٤٧/٢.

(3) انظر/ المهذب ٢٥٤/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٤.

(4) وهو الأصح .
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٤البيان ٣٣٩/٧،الروضة ٢١٩/٥، فتح الوهاب ٤٢٨/١.

(5) انظر/ المهذب ٢٥٤/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٤.

(6) انظر/ المهذب ٢٥٤/٢،البيان ٣٣٩/٧.

-تنبيه :إنّما تجب هذه الأمور على أحدهما عند إطلاق العقد في إجارة الدابة للركوب ،وإن شرط ما ذكر على المؤجر ،أو المستأجر ،أو شرط عدم ذلك كأن يقول أكريتك هذه الدابة العَارِيَة بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما فلا يلزمه شئ من الآلات .
انظر/ الروضة ٢١٩/٥،مغني المحتاج ٣٤٧/٢.

فـــصـــل

إذا اكترى بهيمـــة للركـــوب وشـــرط مقـــداراً معلومـــاً في كـــلّ يـــوم صـــحّ ذلك .[١]

وإن أطلق فإن كان في المسافة مراحل معلومة [٢] ، وجرت العادة بقطعها في كـــلّ يوم مرحلة صحّ [٣] ،وإن لم يكن في ذلك عادة لم يصحّ،[٤]كما نقـــول:إذا أطلـــق الثمن في البيع. [٥]

قال أبو إسحاق رحمه الله : [٦] قد جرت العادة في قطع البادية إلى مكة في أيّام الحـــجّ بما لا تطيقه الحمولة ،فلا يجوز الإطلاق في ذلك؛لأنّ الإطلاق لا يمكن حمله عليه؛ لمـــا فيه من حمل الحَمُولة على ما لا تطيق. [٧]

---

[١] انظر/ البيان ٧/٣١١، الروضة ٥/٢٠٢.

[٢] ومراحل معلومة .

انظر/ المهذب ٢/٢٤٨،البيان ٧/٣١١.

[٣] انظر/ البيان ٧/٣١١،الروضة ٥/٢٠٢.

[٤] انظر/ المهذب ٢/٢٤٨،الروضة ٥/٢٠٢.

[٥] أي في بلد لا نقد فيه غالب فلا يصح .

انظر/ المهذب ٢/٢٤٨، البيان ٧/٣١١-٣١٢.

[٦] هو المروزي وقد تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[٧] انظر/ البيان ٧/٣١٢،الروضة ٥/٢٠٣.

فصل

إذا اختلفا :

فقال المكري:أنزلُ بظاهر البلد/.

وقال المكتري:انزلْ داخل البلد .

فإنّه يحمل على العادة في نزول القوافل بتلك الناحية. [1]

فصل

إذا اكترى بهيمة تتعبه وتكره نظر :-

فإن كان ذلك من جهة أنّه لا بصر له بعادة الركوب لم يلزم المكري شيء .

وإن كان من جهة البهيمة ؛بأن [2] اكتراها بعينها فله ردُّها ولا يأخذ بدلها [3]؛لأنّه ردٌّ بعيب.

وإن اكتراها في الذّمة فله إبدالها . [4]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٥،البيان ٣١٢/٧،الروضة ٢٠٣/٥.

[2] في ب (فإن).

[3] انظر/ الأم ٤١/٤،التهذيب ص٢٤٦،بحر المذهب ٩/ل ١٧٥،الروضة ٢٢٣/٥.

[4] انظر/بحر المذهب ٩/ل ١٧٥،الروضة ٢٢٣/٥.

-والعيب :مثل أن تتعثر في المشي ،أولا تبصر في الليل ،أو يكون بها عرج تتخلف به عن القافلة ،أما مجرد خشونة المشي فليس بعيب .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٥،الروضة ٢٢٣/٥.

فـــصـــل

عليه أن يُبَرِّك [1] البعير لركوب/ المرأة [2] [3] ؛لأنّها عـــورة فربمـــا انكشـــفت [4]وكذلك يُبَرِّكُه للمريض [5] ؛لأنّه في هذا المعنى .

ويعتبر في ذلك [6]حال الركوب دون حال العقد، فإن عقد وهو صحيح ،ثم مـــرض لزمـــه أن يبركـــه لـــه،وإن عقـــد وهـــو مريـــض ثم صـــحَّ لم يلزمه ذلك. [7]

ولا يلزمه أن يبّركه لأجل أكله ولا شربه؛لأنّه يمكنه ذلك على ظهر البهيمة،وكذلـك الصلاة النافلة [8] .

---

[1] يُبْرك : هو من بَرَكَ البعير إذا أناخ فـــي موضع فلزمه.
انظر/ لسان العرب ٣٩٦/١٠.

[2] قوله (المرأة)بداية ٨/ل/٥٧ ب من ب. .

[3] انظـــــر/ الأم ٤١/٤،الحـــــاوي ٤١٧/٧،بحـــــر المذهـــــــب ٩/ل ١٧٦،الوجيز ٢٣٦/١.

[4] انظر/ البيان ٣٤١/٧.

[5] انظـــر/ الحـــاوي ٤١٧/٧،التـــهذيب ص٢٤٩،بحـــر المذهـــب ٩/ل ١٧٦، البيان ٣٤١/٧.

[6] في ب (ذلك في).

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٦، البيان ٣٤١/٧.

[8] فكل ما يمكنه فعله على ظهر البهيمة، لم يلزم المكري أن يبرك الدابة لأجله .
انظـــر/ الأم ٤١/٤،المـــهذب ٢٥٤/٢،بحـــر المذهـــــب ٩/ل ١٧٦،البيـــان ٣٤١/٧، غنية الفقيه ص٣٨٢-٣٨٣

فأمَّا الفريضة فإنّه يلزمه أن يبرِّكه لها [(1)] ، والمصلِّي بالخيار بين القصر والإتمام ،وليس له أن يجبره على القصر للعجلة ،لكن تكون صلاته قصيرة في تمام،وهو أن يتمِّم أركانها ويخفِّف أذكارها. [(2)]

ويلزمه أن يبرِّكه لقضاء حاجته وطهارته [(3)] ؛لأنّ ذلك لا يمكنه على ظهر البعير [(4)] ،والله أعلم بالصَّواب.

---

(1) انظر/ المهذب ٢/٢٥٤،بحر المذهب ٩/ل ١٧٦،البيان ٧/٣٤١.

(2) انظر/ الأم ٤/٤١،بحر المذهب ٩/ل ١٧٦.

(3) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٦،البيان ٧/٣٤١.

(4) انظر/ المهذب ٢/٢٥٤،بحر المذهب ٩/ل ١٧٦،البيان ٧/٣٤١.

[١٣٠] مسـألـة

قال الشَّافعي رحمه الله : ((لا يَجُوزُ [١] أَنْ يَتَكَارَى بَعِيْرَاً بعَيْنِـهِ إِلَـى أَجَـلٍ مَعْلُومٍ،إلا عِنْدَ خُرُوجِهِ،فإنْ [٢] مَاتَ الْجَمَلُ [٣] رَدَّ الْجَمَّالَ مِمَّا أَخَـذَ مِـن الْكِرَاءِ بِحِسَابِ [٤] مَا بَقِيَ)) [٥] .

وهذا كما قال.

إذا اكترى عيناً من الأعيان فلا يخلو من أن يكون عقاراً، أو غيره.

فإن كان عقاراً فلا بُدَّ من شرطين:

أحدهما:أن يكون معلوماً . [٦]

والثَّاني:أن تكون المنفعة معلومة . [٧]

وتصير العين معلومة إمّا بالمشـاهدة [٨] ،أو بـالتحديد ،فيشـاهدها ثم يحدِّدُهـا فيقول:حدُّها الأول ينتهي إلى كذا،والثّاني إلى كذا،كما نقول في البيع. [٩]

وأمّا في المنفعة فإنّها لا تصير معلومة إلا بالزّمان [١٠] ؛لأنّها لا تكال، ولا تـوزن، ولا تعد، ولا تذرع، فوجب تقديرها بالزّمان،وإنّما شرطنا أن تكـون معلومـة؛لأنّ

---

[١] في ب ،و المختصر المطبوع (و لايجوز).

[٢] في المختصر المطبوع (وإن).

[٣] في االمختصر لمطبوع (البعير).

[٤] العبارة في المطبوع (من الكراء مما أخذ بحساب ما بقي).

[٥] مختصر المزني ص ١٣٨،وتمامه (وإن كانت الحَمُولة مضمونة كان عليه أن يأتي بإبل غيرها).

[٦] انظر/ المهذب ٢٤٧/٢،التهذيب ص١٩٠، البيان ٢٩٦/٧، الروضة ١٩٥/٥،مغني المحتاج ٣٣٣/٢.

[٧] انظر/ المهذب ٢٤٧/٢،البيان ٢٩٦/٧.

[٨] انظر /التهذيب ص١٩٠،البيان ٢٩٦/٧.

[٩] انظر/ المهذب ٢٤٧/٢،التهذيب ص١٩٠،الروضة ٣٧٣/٣،غنية الفقيه ص٣٧٥.

[١٠] انظر/ التنبيه ص١٢٣،التهذيب ص١٩٠.

العوض في مقابلتها يثبت ،فلم يكن بُدٌّ من أن تكون معلومة، كما أنّ المثمن لما كان الثّمن يثبت في مقابلته لم يكن بُدٌّ من أن يكون معلوماً.

فإذا ثبت هذا.

فإنّ من الشروط أن تكون المنفعة متَّصلة بالعقد، ويشترطاها من حين العقد.

فأمَّا إذا قال:أجرتك هذه الدَّار شهراً و لم يقل من هذا الوقت لم يصحّ ذلك.[1]

وكذلك إذا أجره شهراً مستقبلاً إلا أنّه لم يدخل لم يصحّ.[2]

وقال أبو حنيفة:يصحُّ.[3]

والخلاف معه في **فصلين**:-

أحدهما:/إذا أطلق[4]و لم يقل من هذا الوقت.

والثاني:إذا أجره شهراً مستقبلاً / لم يدخل بعد.

فأمَّا الفصل الأول فقد احتجَّ من نصر مذهبه بأنّها مدَّة مضروبة في عقد ،فوجب أن يتعقَّب العقد إذا أطلقت.أصله:إذا قال:والله لا أكلّم فلاناً شهراً[5] ،وأصله:مدَّة الإيلاء.

وهذا غلط؛لأنّها إجارة علَّقها بشهر مطلق، أو بشهر منكَّر ،فلم يصح،[6]أصله:إذا قال:أجرتك شهراً من شهور هذه السّنة.[7]

---

[1] وفي وجه :أن العقد يصح ويحمل على ما يتصل بالعقد ،وهو الأصح .الروضة ١٩٦/٥.
و انظر/ المهذب ٢٤٦/٢،التهذيب ص١٨٢،البيان ٣٠٤/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٧٨.

[2] انظر/ التهذيب ص١٨٤،الوجيز ٢٣٠/١،البيان ٣٠٤/٧،الروضة ١٨٢/٥.

[3] انظر/ المبسوط ١٣٣/١٥،الهداية مع فتح القدير ٩٦/٩،مختصر الطحاوي ص١٣١.

[4] قوله (إذا أطلق)بداية ٨/ل/٥٨أ من ب.

[5] انظر/ المبسوط ١٣٢/١٥،الهداية وشرحها تكملة فتح القدير ٩/ ٩٦.

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٨،البيان ٣٠٤/٧.

[7] وقد تقدم أنَّ للشافعية وجهين في صحة الإجارة إذا أطلق العقد ص٧٩٩.

فأمّا الجواب عن قياسهم فهو:أنّه ينتقض بمن قال:لله عليّ أن أعتكف شهراً ،أو أصوم شهراً ، فإنّه لا يتعقّب العقد. [1]

ثمّ المعنى في الأصل [2] :أنّ المقصود منه الهِجْرة والجَفَاء وذلك في العادة يكون متعقّباً للَحَرد [3] ،وليس كذلك في مسألتنا فإنّه لا عرف يحمل عليه.

وأمّا الفصل الثاني:

فاحتجَّ من نصره:بأنّه إذا أجره شهراً مستقبلاً لم يدخل ؛فإنّه يصحُّ،والإجارة تقع على منافع مستقبله، فلا فرق بين أن تكون متَّصلة أو منفصلة،ولا يجوز أن يكريها شهرين في عقد واحد، فكذلك في عقدين ،كما نقول في بيع [4] عبدين. [5]

ودليلنا:

أنّه لا يخلو إمّا أن يعلّق العقد على زمان مستقبل ، أو يعقد العقد ويشترط تأخير التسليم فلا يصح أن يعلق العقد على زمان مستقبل ؛لأنّا أجمعنا [6] على [7] أنه إذا قال:إذا جاء رمضان فقد أجرتك هذه الدّار لا يصحُّ ،[8]ولا يصحُّ أن يشترط

---

[1] في الوقت الذي يلي اليمين ما لم يعينه فمتى أعتكف أو صام أجزاه .
انظر/ المبسوط ١٣١/١٥، فتح القدير ٩٦/٩.

[2] وهو الإيلاء .

[3] حرد : الحَرْدُ: الجِد والقصد. حَرَدَ يَحْرِد، بالكسر، حَرْداً: قصد،و الحَرْدُ: المنع، و الحَرْدُ: الغيظ والغضب.
لسان العرب ١٤٤/٣-١٤٥.

[4] بيع :ساقطة من ب .

[5] انظر/ بدائع الصنائع ٦٢/٤.

[6] المراد بالإجماع هنا الاتفاق مع المخالف.

[7] على :ساقطة من ب.

[8] إذ أن الإجارة تفسدها الشروط عند الحنفية كما تُفسد البيع .
انظر/ تكملة فتح القدير ٩١/٩.

تأخير التَّسليم؛لأنّ العقد المتعلّق بعين لا يصحُّ فيه اشتراط تأخير التَّسليم ،كما نقــول في بيع السلعة. [1]

فأمَّا الجواب عن دليلهم الأول فهو: أنَّ الفرق بينهما واضح؛لأنّها إذا كانت متَّصلة لم يمكن شرط تأخير التســليم [وإن كــانت منفصلــة حصــل شــرط تأخــير التسليم] . [2]

وهذا الجواب عن دليلهم الثَّاني.

والمعنى في الشهرين والعبدين : أنّ تأخير التَّسليم لا يُشْتَرط فيهما،وفي / مســألتنا[3] يُشْتَرط تأخير التَّسليم ،فلم يصحَّ ذلك،والذي يوضِّح ما ذكرناه،وأنّ تأخير التَّسليم لا يصحُّ فيما يمكن تعجيله أنّه لو باعه داراً فيها قماش لم يلزمه تسليمها إليــه إلا بعــد تفريغها من القماش،ولو كانت فارغة لا قماش فيها لزمه أن يسلّمها إليه مــن غــير تأخير ،فكذلك الأعيان المستأجرة لا يجوز تأخير تسليمها لتأتي ذلك فيها.

وأمَّا المنافع فلا يمكن استيفؤها إلا على تراخي الزَّمان ،فلذلك جاز تأخُّرها علــى حال العقد،وبان الفرق بينهما.

إذا ثبت ما ذكرناه.

فإن سلَّم إليه العين المستأجرة إثر العقد وحصلت في يــده إلى أن انقضــت المــدَّة استقرَّت عليه جميع الأجرة ثم ينظر :-

فإن كان العقد صادف أوَّل الشَّهر فأجَّره شهراً فإنّه يكون معتبراً بالهلال،فإذا أهــلّ هلال الشهر الآخر انقضت الإجارة سواء كان الشهر تامّاً أو ناقصاً. [4]

---

[1] انظر/ التهذيب ص١٨٤-١٨٥،البيان ٣٠٥/٧،غنية الفقيه ص٣٧٩.

[2] [وإن كانت منفصلة حصل شرط تأخير التسليم] ساقط من أ.

[3] قوله (مسألتنا)بداية ٨/ل/٥٨ب، من ب .

[4] انظر/ المهذب ٢٤٦/٢،التهذيب، ص١٨٢،البيان ٣٠٦/٧.

وإن لم يصادف أوّل الشّهر كان الاعتبار بالعدد ،فيعدّ من ذلك الوقت تمام ثلاثين يوماً،وقد استوفى حقّه. [1]

فأمّا إن تلفت الدار قبل مضي المدّة فلأصحابنا فيها طريقان:

أحدهما: لا ينفسخ العقدُ/؛لأنّه يمكنه الانتفاع بالعرصة .

٦/ل/٦٢أ

والثّاني: ينفسخ العقد فيما بقي من المدّة .

وهل ينفسخ فيما مضى على طريقين:

أحدهما: فيه قولان كما قلنا في تفريق الصّفقة على البائع.

والثّاني: لا ينفسخ العقد [2] قولاً واحداً؛لأنّ الهلاك طرأ عليه و لم يقارنه.

وأمّا إذا لم يسلّم إليه حتى مضت [3] بعض المدّة،فإنّه ينفسخ فيما مضى؛لأنّه معقود عليه تلف قبل القبض **ويكون الحكم في الباقي على طريقين:**

فمن أصحابنا من قال: المسألة على قولين.

ومنهم من قال: يصحُّ قولاً واحداً ويكون له الخيار،فلا فرق بين أن يبطل فيما مضى أو فيما بقي؛لأنّ البعض تلف لا الكلّ. [4]

---

[1] انظر/ التهذيب ص١٨٢،البيان ٣٠٦/٧ ،الروضة ١٩٧/٥.

[2] العقد :ساقطة من ب.

[3] في ب (مضي).

[4] وقد تقدمت هذه الطرق و الأقوال في مسألة انهدام الدار ص ٧٥١.

فـــــصـــل

قد مضى الكلام في العقار .[1]

فأمّا غير العقار كالدَّابَّة والحمار والبغل، فإنّه يجوز عقد الإجارة عليه معيَّنـــاً ، وفي الذِّمَّة [2] ؛لأنّ هذه الأشياء يجوز ثبوتها في الذِّمَّة في البيع ،فجاز إجارتها معيَّنـــة،وفي الذِّمَّة. [3]

ويفارق العقار -حيث قلنا:لا يجوز عقد الإجارة عليـــه/ في الذِّمَّـــة [4]- [5] ؛لأنّ مـــن صفـــات [العقـــار] [6] تعيـــين موضعـــه؛لأنّـــه يختلـــف بـــاختلاف مواضعـــه اختلافـــاً متباينـــاً ،والتعيـــين والذِّمَّـــة لا يجتمعـــان، كمـــا إذا أســـلم في ثمـــرة بســـتان بعينـــه لم يصحَّ. [7]

إذا ثبت هذا.

فـإذا اســتأجر شـيئاً لم يخـلُ مــن أن تكــون المنفعـة معلومـة، أو مجهولة .

---

[1] في ص٨١٣ ،وما بعدها .

[2] انظر/ المهذب ٢/٢٤٤،بحر المذهب ٩/ل ١٧٧، البيان ٧/٢٩٦،فتح المنان ص٣٠٠.

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٤٤،البيان ٧/٢٩٦.

[4] قوله (في الذِّمَّة)بداية ٨/ل/٩٥أ من ب .

[5] كما تقدم ص٨١٣-٨١٤.

[6] في أ(العقد).

[7] انظر/ البيان ٧/٢٩٦.

فإن كانت مجهولة وجب تقديرها بالزَّمان [1] ؛لأنّ المنفعة غير معلومة ،فوجب تقديرها،ولا تتقدّر إلا بالزَّمان [2] فإذا قدَّرها بالزمان كان الحكم في ذلك كالحكم في العقار سواء. [3]

فإن كان ذلك مما يتقدَّر بنفسه، [4] وقدَّره بالزَّمان لم يجز تقديره بنفسه [5] ،مثل:أن يقول:استأجرتك لتبني هذا الحائط في يوم [6] ؛لأنّ تقدير المنفعة بنفسها غرر،والتقدير بالزَّمان غرر ،والغرر إذا أضيف إلى الغرر منع الصحة.

فأمَّا إذا كانت المنفعة معلومة مثل:أن يقول:استأجرتك لتبني هذا الحائط[7]،أو لتخيط هذا الثوب صحَّ ذلك [8] ؛لأنّ المنفعة صارت معلومة بتقدير العمل ،كما تصير معلومة بتقدير الزَّمان ،وهو إذا قال:استأجرتك لتبني معي يوماً.

---

[1] انظر/ الحاوي ٣٩٢/٧،التنبيه ص١٢٣، البيان ٣٠٢/٧-٣٠٣،الروضة ١٨٩/٥.

- المنافع تنقسم إلى ثلاثة أقسام .

١-مالا يتقدر إلا بالمدة كإجارة العقار كله ،والاستئجار لتطيين السطوح والحيطان .

٢- ما لايتقدر إلا بالعمل مثل أن يقول استأجرتك لتبيع لي هذا الثوب .

٣-ما يتقدر بالمدة أو العمل :مثل أن يقول أجرني عبدك هذا ليخيط لي هذا الثوب ،أو أجرني عبدك ليخدمني شهراً.

انظر/ البيان ٣٠٢/٧-٣٠٣، الروضة ١٨٩/٥،مغني المحتاج ٣٤٠/٢.

[2] انظر/ البيان ٣٠٣/٧.

[3] كما تقدم في ص٨١٣.

[4] أي بنفس العمل .

[5] فالأصح بطلان العقد .

وفي وجه أن العقد صحيح .

انظر/ الروضة ١٨٩/٥،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٢٠/٢.

[6] فجمع بين التقدير بالعمل والزمان .

[7] من قوله (هذا الحائط... إلى قوله...قال:استأجرتك لتبني) ساقط من ب.

[8] انظر/ المهذب ٢٤٦/٢،التهذيب ص١٩٠،البيان ٣٠٣/٧، المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٤٠/٢.

إذا ثبت هذا.

فإن أطلق اقتضى ذلك التعجيل. [1]

وإن شرط التعجيل كان تأكيداً . [2]

وإن شرط التأخير لم يصحَّ.

فإن شرط التعجيل ولكنه أخرَّ التَّسليم مدَّة لم يضرَّ ذلك العقد. [3]

ويفارق إذا كان مقدَّراً بالزَّمان حيث قلنا: إذا تأخرَّ مدَّة بطل العقد في تلك المدَّة ؛ [4] لأنّ ذهابها تلف المعقود عليه، وليس كذلك إذا كانت المنفعة مقدَّرة بنفسها؛ لأنّ بمضي الزَّمان لا يتلف شيء مما عقد عليه ،فلم يؤثِّر في العقد، فإذا سلَّم العين المعقود عليها إلى المكتري فلم ينتفع بها حتى مضت /جميع المدَّة ، فإنّ الأجرة تستقرُّ عليه، وتكون كما لو استوفى المنفعة . [5]

/٦

وقال أبو حنيفة: إذا استأجر بهيمة ليركبها إلى النهروان ، [6] وتسلَّمها مدَّة يمكنه أن يسير فيها تلك المسافة، فلم يفعل، لم تستقرَّ عليه الأجرة . [7]

---

[1] انظر/ الوجيز ١/ ٢٣٠، البيان ٧/ ٣٣٤، الروضة ٥/ ١٧٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٣٨.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٦، البيان ٧/ ٣٣٤.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٦.

[4] كما تقدم في ص٨١٤.

[5] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/ ٢١٥، التهذيب ص٢٣٢، البيان ٧/ ٣٣٥.

[6] النهروان : بفتح أوله وإسكان ثانيه وفتح الراء المهملة وبكسرها أيضاً وهو الأشهر، وبضمها أيضاً نهروان ويقال أيضاً بضم النون والراء معاً نهروان أربع لغات ،والهاء في جميعها ساكنة وهي في العراق وهي ثلاثة نهروانات الأعلى و لأوسط والأسفل ،وهي كُوَرة واسعة بين بغداد وواسط من الجانب الشرقي، حدَّها الأعلى متَّصل ببغداد، وفيها عدة بلاد متوسطة منها إسكاف وجرجرايا والصافية ودير قنى ،وغير ذلك.

معجم البلدان ٥/ ٣٢٤-٣٢٥، معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع ٤/ ١٣٣٦-١٣٣٧.

[7] انظر/ المبسوط ١٥/ ١٧٦، مختصر الطحاوي ص١٢٨، تكملة فتح القدير ٩/ ٧١.

واحتجَّ بأنّه ما تمكن من اســـتيفاء المنفعــة في مواضعــها؛لأنّ مواضعــها تلــك البقاع. [1]

ويفارق هذا إذا سيَّرها في تلك البقاع من غير أن يركبها [2] ؛لأنّه قد تمكّن مـــن استيفاء المنافع.

ودليلنا:

أنّه مكّنه من استيفاء المنفعة المعقود عليها، /في زمان [3] يمكنـــه اســـتيفاؤها منـــه ،فوجب أن تستقرَّ عليه الأجرة،أصله: [4]إذا سيَّرها و لم يركبها . [5]

فأمَّا الجواب عمَّا قاله فهو:أنّه قد مكّنه من الاستيفاء وإنّمـــا لم يســتوف بنفســه ،فوجب أن تستقر عليه الأجرة ،كما إذا استأجر عبداً فسلّمه إليه، فلم يستخدمه.

هذا كله إذا كانت الإجارة معينة ،والمنفعة معلومة بتقدير الزمان والعمل.

فأمَّا إذا كانت في الذمة مثل:إن استأجر منه ظهراً للركوب ،وذكر الشرائط الـــتي يضبط بها، [6] فإنّه يصحُّ ،وعليه تسليم ظهر على تلك الصفات ، [7] ولا فـــرق بين أن يكون بحالٍّ أو مؤجَّلاً؛لأنّ ما يثبت في الذِّمَّة جاز حالاً ومؤجَّلاً ،كما تقـــول في الثمن والسَّلم. [8]

---

[1] وبنحوه في المبسوط ١٥/١٧٦، تكملة فتح القدير ٩/٧١.

[2] فإن الأجرة تستقر عليه.

انظر/ مختصر الطحاوي ص١٢٨،تكملة فتح القدير ٩/٧١.

[3] قوله (في زمان) بداية ٨/ل/٥٩ب من ب .

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٧، البيان ٧/٣٣٥.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٧.

[6] وهي الجنس ، والنوع ، والذكورة والأنوثة . المتقدمة ص٧٩٥.

[7] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٧،البيان ٣٣٤،الروضة ٥/١٨٢،مغني المحتاج ٢/٣٣٨.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٧،البيان ٧/٣٣٤.

ويفارق إذا كانت الإجارة معيَّنة [1] ؛لأنّ العقد إذا وقع على معيَّن لم يجز شـــرط تأخير التسليم فيه.

فإذا سلَّم إليه الظهر [2] في وقته وتلف قبل استيفاء المنفعة كان له أن يستبدل بـــه غيره [3] ؛لأنّ العقد لم يتناول عيناً.

ويفارق إذا استأجر بهيمة بعينها —حيث قلنا :إذا تلفت لم يكن لـــه إبدالهـــا- [4] ،وذلك بمثابة الثّمن إذا كان في الذِّمَّة فأصاب به عيباً كان له إبداله [5] ،ولو كـــان معيناً وأراد ردّه لم يكن له أخذ بدله،والله أعلم بالصَّواب. [6]

---

[1] حيث لا يجوز التأجيل كما تقدم .

[2] في ب (الظهر إليه)

[3] انظر/ الأم ٤١/٤،الحاوي ٤١٩/٧،الروضة ٢٢٣/٥.

[4] كما تقدم ص ٨١٣.

[5] انظر/ التهذيب ص ١٩٦.

[6] بالصَّواب :ساقطة من ب.

فصل

إذا استأجره ليحصل له خياطة خمسة أيَّام لم يصحّ ذلك [1] ؛لأنّ العمل يختلف بخفّة صنعة الصانع وثقلها ،فربَّما كان بليداً [2] فلم يرتفع له كثير عمل،وربما كان فارهاً [3] فبلغ الكثير من العمل، وليس كذلك إذا كان العقد على صانع بعينه [4] ؛لأنّ عمله لا يختلف.

ومثل هذا إذا استأجر منه بهيمة في الذِّمَّة ليركبها خمسة أيَّام لم يجز؛ للعلّة التي ذكرناها.

---

[1] ونقله عن المصنف الروياني في بحر المذهب ٩/ل ١٧٨،البيان ٣٠٤/٧.

[2] البُلْدَةُ و البَلْدَةُ و البَلادَةُ: ضِدُّ النَّفاذِ والذَّكاءِ والمضاء في الأُمور. ورجلٌ بليدٌ إذا لم يكن ذكيّاً، وقد بَلُدَ، بالضم، فهو بليد و تَبَلَّدَ: تكلف البلادَةَ.

لسان العرب ٩٦/٣.

[3] و الفارِهُ: الحاذِقُ بالشيء. و الفُرُوهةُ و الفَراهةُ و الفَراهِيةُ: النَّشاطُ.

لسان العرب ٥٢٢/١٣.

[4] كأن يقول استأجرتك لتخيط لي خمسة أيام ،أو لتخيط هذا الثوب ،أو لتحصل لي خياطة هذا الثوب فيصح ،لأنّ المنفعة في ذلك كله معلومة .البيان ٣٠٤/٧،و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٨.

فصـــــل

يجوز عندنا السلم في المنافع. [1]

فإذا أسلم في منافع نظر :--

فإن كان بلفظ السَّلَم [2] فمن شرطه قبض المال في المجلس. [3]

وإن كان بلفظ الإجارة مثل: أن يقول استأجرت منك ظـهراً بكـذا، أو وصـف أوصافه المعتبرة ،ففي ذلك **وجهان**:

أحدهما:يجب قبض المال في المجلس اعتباراً بالمعنى . [4]

والثّاني :ليس/ ذلك من[5] شرط وجوبه اعتباراً باللفظ. [6]

وهذا كما قلنا في البيع ،فإنه إذا قال:أسلمت إليك في كذا،فإنّ من شرطه قبض رأس المال في المجلس،وإن قال/:اشتريت منك كذا وذكر الصِّفات التي تذكر في السَّلم ففيه **وجهان**:

أحدهما:يعتبر المعنى.

والثاني:يعتبر اللفظ. [7]

---

[1] انظر/ الروضة ٤/٢٧،مغني المحتاج ٢/١١٤.

[2] كأن يقول أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحملني إلى موضع كذا .

انظر/ فتح العزيز ٦/٨٦،الروضة ٥/١٧٦.

[3] انظر/ الوجيز ١/١٥٤، فتح العزيز ٥/٨٦،الروضة ٥/١٧٦،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٣٣٤.

[4] وهو الأصح عند العراقيين والشيخ أبي علي .

انظر/ فتح العزيز ٥/٨٦،الروضة ٥/١٧٦،مغني المحتاج ٢/٣٣٤.

[5] قوله (ذلك من)بداية ٨/ل/٠٠أ.

[6] انظر المراجع السابقة .

[7] انظر/ فتح العزيز ٦/٨٦.

فصـــــل

إذا غصب البهيمة المستأجرة .

فإن كانت في يد المكري فغصبها المكتري كان قبضاً للمعقود عليه،وإن كانت في يد المكتري فغصبها المكري كان كالمتِلف للمعقود عليه ،وانفسخ العقد . [1]

وإن غصبها أجنبيٌّ [2] ففيه **قولان:**

أحدهما:ينفسخ العقد ويرجع المكتري على المكري بالمسمَّى . [3]

والثاني:يكون له الخيار بين أن يفسخ ويرجع على المكري،وبين أن لا يفسخ ويرجـع على الغاصب بأجرة المثل . [4]

ومثل هذا ما قلنا في المبيع :إن [5] كان في يد البائع فغصبه المشتري كان قبضـاً،وإن غصبه البائع من يد المشتري انفسخ العقد.

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٦،مغني المحتاج ٢/٣٥٧.

- وفي غصب المالك بعد القبض أو قبله طريقان :أحدهما كغصب الأجنبي .

وأصحهما : القطع بالانفساخ .مغني المحتاج ٢/٣٥٧.

[2] لا يخلو حال المستأجر المغصوب إمَّا أن يكون موصوفاً في الذِّمَّة أو يكون على العين .

فإن كان في الذمة ،فعلى المؤجر الإبدال ،فإن امتنع ،استؤجر عليه .

وإن كانت إجارة عين فللمستأجر الخيار بين فسخ العقد والبقاء عليه .

وإن كانت الإجارة على عمل لم تفسخ ؛لأنَّه يمكنه استيفاؤه إذا وجده .

وإن كانت على مدة فانقضت ففيها القولان اللذان ذكرهما المصنف .

انظر المسألة في الإشراف لابن المنذر ٢٢٧/١،المهذب ٢٦٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٦، البيـــان ٣٦٤/٧، الروضة ٢٤٢/٥.

[3] وهو المذهب .

انظر/ الروضة ٢٣٤/٥،مغني المحتاج ٣٥٧/٢

[4] انظر/ المهذب ٢٦٣/٢.

[5] في ب (إذا).

وإن غصبه أجنبيٌّ فعلى قولين،ولا فرق بين أن يغصبه الأجنبيُّ من يد البائع، أو من يد المشتري، وكذلك في غصب المستأجر مثله سواء. [1]

[1] قال النووي (وإن لم يفسخ وكان قد استأجر مدة معلومة فانقضت بني على الخلاف فيما إذا أتلف أجنبي المبيع قبل القبض هل ينفسخ البيع أم لا؟ إن قلنا ينفسخ فكذلك الإجارة ويسترد الأجرة ،وإن قلنا لا ينفسخ فكذلك الإجارة ويتخير بين أن يفسخ ويسترد الأجرة وبين أن يجيز ويطالب الغاصب بأجرة المثل والذي نص عليه الشّافعيُّ رضي الله عنه والأصحاب انفساخ الإجارة، وإن كان البناء المذكور يقتضي ترجيح عدم الانفساخ لكن المذهب الانفساخ)الروضة ٥/٢٤٢-٢٤٣.

فـــــرع

إذا استأجر عبداً فأبق لم يبطل العقد؛ [1] لأنّه يرجى رجوعه .

فإن فسخ العقد كان له ذلك. [2]

وإن لم يفسخه نظر :

فإن عاد وقد بقي من المدَّة بقيَّة فإنّ العقد ينفسخ فيما فات حال الإبـــاق ، [3] وفي **الباقي طريقان:**

من أصحابنا من قال:فيه قولان. [4]

ومنهم من قال:لا ينفسخ قولاً واحداً. [5]

وأمَّا إذا لم يَعُدْ حتى مضت جميع المدَّة، **فإنَّه** ينفسخ فيما فات حال إباقه، [6] وأمَّـــا القدر الذي استوفاه قبل إباقه فعلى طريقين. [7]

---

[1] الحكم إذا استأجر عبداً فأبق كالحكم في المستأجر إذا غصب المؤجر المتقدم في الصفحة السابقة .
انظر/ الروضة ٥/٢٤٢،مغني المحتاج ٢/٣٥٧.

[2] وذلك إن كان إجارة عين ،وأمَّا إجارة الذمة فعلى المؤجر الإبدال .
انظر/ المهذب ٢/٢٦٣،التهذيب ص١٩٦،الروضة ٥/٢٤٢.

[3] وذلك لأنّ المنافع تتلف بمضي الزمان فانفسخ العقد بمضيه .
انظر/الحاوي ٧/٤١٩، المهذب ٢/٢٦٣، تكملة المجموع ١٥/٨٣.

[4] انظر/ فتح العزيز ٦/١٧١،الروضة ٥/٢٤٢.

[5] وقد تقدم في ص٧٥٣،وانظر/ المرجعين السابقين .

[6] انظر/ الحاوي ٧/٤١٩،التهذيب ص١٩٧.

[7] اللذان تقدما.

[١٣١] مسألة

قال الشّافعي رحمه الله : ((**وَإِن** [١] **اخْتَلَفَا فِي الْرِّحْلَةِ رَحَلَ لا مَكْبوباً [وَلا مُسْتَلقِياً]** [٢])) . [٣]

وهذا كما قال.

إذا اختلفا فقال الجمَّال:أريد أن أوسع قيد المقدَّم ،وأضيِّق قيد المؤخَّر ارتفع [٤] مؤخَّرة ويترل مقدَّمه فإنّه أخفُّ على الجمل ،إلا أنّه أتعب للراكب.

وقال الراكب :/ أريد بالعكس [٥]من هذا؛لأنّه أمكن لجلوسي إلا أنّه أتعب للحمل[٦]،فإنّه لا يلتفت إلى قول أحدهما بل يجعل على الاستواء من غير أن يضيِّق أحد القيدين ويوسِّع الآخر فيكون معتدلاً.[١]

---

[١] في ب (فإن)

[٢] كذا في نسخة ب ،والمختصر المطبوع مع الحاوي٧/٤٢٠، وهو الصحيح .

وفي النسخة أ ،ومختصر المزني ص١٣٨، (مستقلياً) بتقديم القاف على اللام ص١٣٨، وقد يكون من القِلوة وهي الدابة تتقدَّم بصاحبها. وقد قَلَتْ به و اقْلَوْلَتْ. و يقال الدابة تَقْلُو بصاحبها قَلْواً، وهو تَقَدُّمها به في السير في سرعة. يقال جاء يَقْلُو به حماره. و قَلَت الناقة براكبها قَلْواً إذا تقدمت به. و اقْلَوْلَى القوم: رحلوا، وكذلك الرجل . لسان العرب ١٥/١٩٩-٢٠٠.و انظر/ المعجم الوسيط ٢/٥٥٧

[٣] مختصر المزني ص ١٣٨.

[٤] في ب (ليرتفع).

[٥] قوله (أريد بالعكس)بداية ٨/ل/٦٠ب من ب.

[٦] وهذا تأويل أبي إسحاق المروزي لقوله (رحل لا مكبوباً ولا مستلقياً).

وقال أبو علي بن أبي هريرة تأويله أن يدعو الراكب إلى تقديم المحمل إلى مقدمة البعير ؛ليكون أوطأ لركوبه ويدعو الجمال إلى تأخير المحمل إلى مؤخر البعير ليكون أسهل على البعير .

وقال أبو الطبري تأويله : أن يدعو الراكب إلى تضييق قيدي المحمل ليعلو على ظهر البعير ،ويدعو الجمال إلى توسيعهما .

- وعلى جميع التأويلات المكبوب أسهل على الدابة ،والمستلقي أسهل على الراكب .

=

فـــــصـــل

إذا اختلفا في السفر :فقال المكتري:يكون السير نهاراً؛لأنه أصون للمتاع.

وقال المكري:يكون ليلاً؛لأنّه أخفُّ على البهيمة نظر :

فإن كانا قد شرطا أحد الزمانين حمل عليه .[2]

وإن لم يشترطا ،وكانت[العادة][3] قد جرت[4]بقطع المسافة في أحدهما حمل على العادة.[5]

وإن لم تكن فيه عادة كان العقد باطلاً،[6] كما نقول في الثمن إذا أطلقه.[7]

انظر/ الحاوي ٧/٤٢٠، بحر المذهب ٩/ل ١٧٨،البيان ٧/٣٤٢،الروضة ٥/٢٢٢.

[1] انظر/ الأم ٤/٤١،الحاوي ٧/٤٢٠، التهذيب ص٢٥٠، بحر المذهب ٩/ل ١٧٨،البيان ٧/٣٤٢.

-وكذلك إذا اختلفا في كيفية جلوس الراكب فإنّه يحمل على الوسط المعتاد .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٨،البيان ٧/٣٤٢،فتح العزيز ٦/١٤١،الروضة ٥/٢٢٢.

[2] انظر/ الحاوي ٧/٤١٥،بحر المذهب ٩/ل ١٧٥،فتح العزيز ٦/١١٩،الروضة ٢٠٣.

[3] [العادة]ساقطة من أ.

[4] في ب (العادة جرت).

[5] انظر/ الأم ٤/٤١،الحاوي ٧/١٥،التهذيب ص٢١٥،بحر المذهب ٩/ل ١٧٥،فتح العزيز ٦/١١٩.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٤١٥، بحر المذهب ٩/ل ١٧٥،البيان ٧/٣١١-٣١٢.

[7] فإنّه يحمل على الأغلب من نقد أهل البلد ،فإن كان نقد البلد مختلفاً بطل العقد .

انظر/ الحاوي ٧/٤١٥،البيان ٧/٣١١-٣١٢.

[١٣٢] مسـألـة

قال رحمه الله : ((**وَالْقِيَاسُ أنْ يُبَدِّلَ مَا يَفْنَى مِنْ الزَّادِ وَلَوْ قِيلَ:** [١] **الْمَعْـرُوفُ أَنَّ** [٢] **الْزَّادَّ يَنْقُصُ فَلا يُبْدَلُ كَانَ مَذْهَباً**)). [٣]

وهذا كما قال.

إذا اكترى [وشرط] [٤] حمل الزَّاد معه كان له ذلك ، [٥]فإن سُرِق كان له إبدالـه بلا خلاف . [٦] /

٦/

وأمَّا إذا أتلف بعضه بالأكل،فهل له إبداله أم لا ؟

فيه قولان:

أحدهما:له ذلك، [٧] كما لو اكترى لحمل متاع ثم باع بعضه. [٨]

---

[١] في المختصر المطبوع (إن المعروف).

[٢] في المختصر المطبوع (من) بدل (أنَّ).

[٣] مختصر المزني ص ١٣٨،وتمامه (قال المزني: الأول أقيسهما).

[٤] في أ(شرط)بدون واو .

[٥] صورة هذه المسألة في مسافر اكترى جملاً ليركبه ويحمل معه مائة رطل من الزَّاد، ففني هذا الزَّاد أو بعضه فهل للمكتري أن يُبدل ما فني ؟

انظر/ الحاوي ٧/٤٢٠،بحر المذهب ٩/ل ١٧٨.

[٦] وكذلك إذا تلف كان له إبداله ،وإن شرط أنَّه يبدله كلما نقص ،أو لا يبدله اتبع الشرط .

وموضع الخلاف ،إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر المترل الذي هو فيه .

أما إذا لم يجده ،أو وجده بأعلى ،فله الإبدال قطعاً .

انظر/ فتح العزيز ٦/١٤٠،الروضة ٥/٢٢٠.

و انظر/ الحاوي ٧/٤٢٠، بحر المذهب ٩/ل ١٧٨.

[٧] وهو الأظهر ويقال الأصح .الروضة ٥/٢٢٠.

-وهو اختيار المزني .

انظر/ الأم ٤/٤١،الحاوي ٧/٤٢٠،بحر المذهب ٩/ل ١٧٨،الوسيط ٤/١٨٢-١٨٣،فتح العزيز ٦/١٣٩.

[٨] انظر/ الحاوي ٧/٤٢٠،التهذيب ص٢٤٤، بحر المذهب ٩/ل ١٧٨.

والثاني:ليس له ذلك [١] ؛لأنّ العادة قد [٢] جرت أنّ الزاد إذا نقص لم يبدل. [٣]

وعلى هذا إذا أتلفه وكان بين يديه مراحل يوجد فيها زاد،اشترى منه كفايته منزلاً منزلاً،وإن كان لا يوجد بين يديه زاد ،أو يوجد ولكن بثمن غالٍ كان له أن يبدل الزاد ويحمله مع نفسه. [٤]

---

[١] انظر/ الأم ٤١/٤،الحاوي ٤٢٠/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧٨،الوسيط ١٨٢/٤-١٨٣،.

[٢] قد :ساقطة من ب.

[٣] انظر/ الحاوي ٤٢٠/٧-٤٢١، بحر المذهب ٩/ل ١٧٨.

- وأما إذا اتلف الزاد كله فله الإبدال على الصحيح .الروضة ٢٢٠/٥.

انظر/ التهذيب ص٢٤٢،الوسيط ١٨٣/٤،فتح العزيز ١٣٩/٦-١٤٠.

[٤] وقاله أبو إسحاق المروزي ،وهذا مما لا خلاف فيه على ما ذكره أبو إسحاق وتابعه الرافعي والنووي .
انظر/ الحاوي ٤٢١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،فتح العزيز ١٤٠/٦،الروضة ٢٢٠/٥.

فـــرع

إذا شرط النـــــزول لِلــرَّوَاح [1] لزمـــه ذلـــك،وإن شـــرط أن لا ينـــــزل لم يلزمه. [2]

وإن أطلق [3] ففيه وجهان:

أحدهما:يلزمه النـــزول [4] ؛لأنّ العادة قد جرت بذلك. [5]

[6] ؛لأنّه يستحقُّ [7]حمله في جميع المسافة . [8]

فأمَّا إذا كان ضعيفاً، إمَّا عليلاً أو امرأة، فإنَّه لا يلزمه النـــزول في الرَّواح ،إذا كـــان العقد مطلقاً؛لأنّ العادة لم تجرِ بنـــزول هؤلاء . [9]

---

[1] الرَّواحُ و الراحةُ و الـــمُرايَحةُ و الرَّوِيحَةُ و الرَّواحة: وِجْدَانُك الفَرْجَة بعد الكُرْبَة وهو مـــن طلـــب الراحة . لسان العرب ٢/٤٥٨-٤٦٠.و انظر/ المصباح المنير ص٩٣.

[2] انظر/ الحاوي ٧/٤١٦، البيان ٧/٣٥٠،حلية العلماء ٥/ ٤١٠،الروضة ٥/٢٢٢.

قال النووي (قال الإمام :ويعرض في شرط النـــزول إشكال لانقطاع المسافة ويقع في كراء العُقب ،قـــال :لكن الأصحاب احتملوه للحاجة)الروضة ٥/٢٢٢.

[3] إن أطلق لا يخلو الحال :إما أن لا يكون عرف الناس الرواح في سفرهم فلا يلزم الراكب النـــزول . وإما أن يكون عرف الناس الرواح في سفرهم ،فإن كان الراكب مريضاً أو امرأة أو شيخاً زمناً لم يلزمـــه النـــزول،وألحق بعضهم بهم من كانت له وجاهة ظاهرة ،وشهرة يخل بمروءته في العادة المشي .

فالوجهان في الرجل القوي القادر على المشي .

انظر/ الحاوي ٧/٤١٦،بحر المذهب ٩/ل ١٧٦، البيان ٧/٣٥٠، فتح العزيز ٦/١٤١، الروضة ٥/٢٢٢.

[4] قال النووي (و لم نصحح شيئاً من الوجهين في الرجل القوي ،وينبغي أن يكون الأصح وجوب النـــزول عند العقبات دون الإراحة) الروضة ٥/٢٢٢ .

[5] انظر/ الحاوي ٧/ ٤١٦، بحر المذهب ٩/ل ١٧٦،البيان ٧/٣٥٠.

[6] كذا في النسختين ولعل هنا سقطاً تقديره (والثاني لا يلزمه النـــزول) يدل عليه التعليل المذكور .

[7] في ب (قد يستحق).

[8] انظر/ الحاوي ٧/٤١٦،التهذيب ص٢٥١-٢٥٢،البيان ٧/٣٥٠.

[9] انظر/ الحاوي ٧/٤١٦،بحر المذهب ٩/ل ١٧٦، البيان ٧/٣٥٠، فتح العزيز ٦/١٤١.

[١٣٣] مسـألـة

قال الشَّافعي رحمه الله : ((وَإِنْ [١] هَرَبَ الْجَمَّالُ فَعَلَى الإِمَامِ أَنْ يَكْتَرِيَ عَلَيْهِ مِنْ [٢] مَالِهِ)) . [٣]

وهذا كما قال.

إذا هرب الجمَّال ومعه الجِمَال: [٤] فإنّ المكتري يرفع ذلك إلى الإمام،فإذا ثبت ذلك عند الإمام بعث في طلبه، فإن وجده ألزمه الوفاء بما عليه ،وإن لم يجده نظر:

فإن كانت الإجارة /في الذِّمَّة : [٥] ووجد الإمام للجَمَّال مالاً اكترى عليه منه. [٦]

وإن لم يجد مالاً استقرض [٧] عليه من بعض الناس ،أو من بيت المال، واكترى للمستأجر ما يستحقُّه . [٨]

وإن لم يجد من يقرضه و لم يكن في بيت المال شيء استقرض عليه من المستأجر واكترى [٩] له. [١٠]

---

[١] في المختصر المطبوع (فإن).

[٢] في المختصر المطبوع (في).

[٣] مختصر المزني ص١٣٨.

[٤] صورة هذه المسألة :في رجل اكترى جملاً من جمَّال ليركبه إلى مكة ،أو يركبه مدة معلومة ،أو اكتراه لحمولة فهرب الجمَّال .انظر/ الحاوي ٤٢١/٧.

[٥] قوله (في الذمة)بداية ٨/ل/٦١أ من ب .

[٦] انظر/الأم ٤٢/٤،الحاوي ٤٢١/٧،المهذب٢٥٥/٢،بحر المذهب٩/ل ١٧٩،الوسيط ٢٠٢/٤،البيان ٣٤٣/٧.

[٧] في ب (اقترض).

[٨] انظر/ التهذيب ص ٢٥٨، بحر المذهب ٩/ل ١٧٩ ،البيان ٣٤٣/٧.

[٩] في ب (أو اكتري)

[١٠] انظر/ الحاوي ٤٢١/٧، البيان ٣٤٣/٧،الروضة ٢٤٥/٥-٢٤٦.

وإذا أراد أن يكتري له فإنّه لا يسلّم إليه ليكتري لنفسه ،بل يكتري له الإمام ، أو أمينه [(١)] ؛لأنّه لا يجوز أن يكون وكيلاً في حق نفسه لنفسه، [(٢)] كما لا يجوز أن يشتري المسْلَم فيه لنفسه عن المسْلَم إليه. [(٣)]

وإن لم يجد من يقرضه كان له الخيار في الفسخ [(٤)] ؛لأنّ حقّه معجّل فإذا تأخّر كان له الخيار، كما قلنا في المكتري[إذا أفلس بالأجرة كان المكري بالخيار ،وكما قلنا في المشتري] [(٥)] إذا أفلس بالثّمن. [(٦)]

فإن اختار الفسخ كان له ذلك ،وسقطت الإجارة ،وكان ما دفع إليه دَيْناً في ذمّته. [(٧)]

فإن كان له مال ظاهر قضى حقّه منه ،وكذلك لو لم يجد من يكتري له منه ،فإنّه يقضي حقّه إن كان له مال ظاهر،ولا يجوز أن يستقرض إن لم يكن له مال؛لأنّ الذي عليه دين فلا يجوز أن يقضى بدَيْنٍ.

هذا كلّه إذا كانت الإجارة في الذّمَّة.

---

(١) نص عليه في البويطي .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٤/٧، فتح العزيز ١٧٤/٦،الروضة ٢٤٦/٥.

- وحكى المسعودي في الإبانة وجهين .

انظر/ البيان ٣٤٤/٧.

(٢) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البين ٣٤٤/٧، فتح العزيز ١٧٤/٦.

(٣) انظر/ الحاوي ٤٢٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩.

(٤) انظر/ البيان ٣٤٤/٧، فتح العزيز ١٧٤/٦.

(٥) [إذا أفلس بالأجرة كان المكري بالحيار ،وكما قلنا في المشتري] ساقط من أ.

(٦) انظر/ البيان ٣٤٤/٧.

(٧) أي في ذمة الجمَّال .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٤/٧،الروضة ٢٤٦/٥.

فأمّا إذا كانت معيَّنةً :فلا يجوز للحاكم أن يكتري له، [1]كما إذا اشترى عيناً فوجد بها عيباً لم يكن له إبدالها وله ردُّها،[2] ولو قبض المسْلَم فيه ،ووجد به عيباً كان له إبداله؛[3] لأنّ العقد وقع في الذِّمَّة .

فإذا ثبت أنّه لا يجوز أن يكتري له بمال من ماله،[4]ولا يقرض ،فإنّه [5] يثبت له الخيار [6] ؛لأنّ حقّه حال وقد تعذّر عليه استيفاؤه /في الحال. [7]

٦/ل/١٦٤أ

فإن اختار الفسخ وفسخ العقد سقطت الإجارة ،وثبت له ما أعطاه في الذِّمَّة . [8]

فإن كان له مال قضى منه،وإن لم يكن له مال لم يقترض عليه . [9]

وإن لم يفسخ وبقي على [10] العقد نظر:-

فإن كان العمل مجهولاً في نفسه :وكانت الإجارة مقدَّرة بمدَّة،فإن المعقود عليه يتلف على حسب ما يمضي من الزَّمان. [11]

---

[1] انظر/ الحاوي ٤٢٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٤/٧.

[2] وذلك لأنّ الإبدال لا يجوز في المعين .
انظر/ الحاوي ٤٢٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩.

[3] انظر/ المهذب ٨١/٢،التنبيه ص٩٩،مغني المحتاج ٥٤/٢.

[4] في ب (أمواله)

[5] فإنه :ساقطة من ب.

[6] انظر/ الحاوي ٤٢٢/٧،التنبيه ص١٢٦،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٤/٧.

[7] انظر/ البيان ٣٢٤/٧،غنية الفقيه ص٣٩٢.

[8] انظر/ الحاوي ٤٢٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٤/٧.

[9] انظر/ البيان ٣٤٤/٧.

[10] على :ساقطة من ب.

[11] كأن يكتري الجِمَال ليركبها شهراً ،فإنَّه كلما مضى جزء من الشهر انفسخ من الإجارة بقدره .
انظر/ البيان ٣٤٥/٧.

فإن رجع الجمَّال قبل يقضي المدَّة [(١)] فقد انفسخ العقد فيما فات . [(٢)]

وأمَّا [(٣)] ما كان قد استوفاه قبل أن يهرب فعلى/ الطريقين. [(٤)] [(٥)]

وإن كان العمل معلوماً في نفسه غير مقدر بالزمان : [(٦)] فإذا رجع الجمَّال طولب بإيفاء ذلك ، سواء كان بعد مضيٍّ مدة كانت المنفعة المستأجرة تستوفى في مثلها، أو قبل مضيِّها [(٧)] ؛لأنّ المعقود عليه لا يتلف بمضيِّ الزَّمان. [(٨)]

ويفارق إذا كانت المدة مقدَّرة؛لأنّ المنفعة تتلف بمضيِّ الزَّمان.

هذا كلُّه إذا هرب بجماله.

فأمَّا إذا ترك الجِمَال فإنّ النفقة عليها في مال صاحبها؛[(٩)]لأنّه مالك ،ونفقة المملوك على المالك. [(١٠)]

فإذا رفع ذلك إلى الحاكم وثبت عنده، فإن كان له مال ظاهر أنفق عليها منه . [(١١)]

---

(١) كذا ولعل صوابها (مضيِّ المدة).

(٢) انظر/ الحاوي ٧/٤٢٢، بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٧/٣٤٥.

(٣) في ب (فأما).

(٤) قوله (الطريقين)بداية ٨/ل/٦١ ب من ب.

(٥) وقد تقدم ذكرهما في ص٧٥٣.

(٦) كأن يستأجر الجمال ليركبها إلى موضع كذا .

(٧) انظر/ الحاوي ٧/٤٢٢، بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٧/٣٤٥.

(٨) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٩.

(٩) انظر/ الأم ٤/٤٢،الحاوي ٧/٤٢١،المهذب ٢/٢٥٥،التهذيب ٢٥٨،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٧/٣٤٦.

(١٠) انظر/ المهذب ٢/٢٥٥،البيان ٧/٣٤٦.

(١١) انظر/ الحاوي ٧/٤٢١،المهذب ٢/٢٥٥،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩.

وإن لم يكن له مال ،وكان فيها فضل على ما يستحقُّه المكتري باعه وأنفقه على الباقي .[1]

وإن لم يكن فيها فضل استقرض من بعض المسلمين،أو من بيت المال، أو من المكتري،وأنفق عليها ،[2] فإذا حصل ذلك المال المستقرض فإنّ الحاكم ينفق عليها لعلفها وما تحتاج إليه، أو أمينه. [3]

وهل يجوز أن يسلمه إلى المكتري لينفقه عليها ؟

فيه قولان : [4]

أحدهما:لا يجوز [5] ذلك [6] [7]؛لأنّه لا يجوز أن يكون أميناً في حقِّ نفسه. [8]

---

[1] انظر/ التهذيب ص٢٥٨،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٦/٧،فتح العزيز ١٧٤/٦.

[2] انظر/ الحاوي ٤٢١/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩.

[3] انظر/ البيان ٣٤٦/٧،الروضة ٢٤٦/٥.

[4] وما اطلعت عليه من المصادر أطلقت الجواز و لم تذكر خلافاً في هذه الحالة ،وإنَّما القولان فيما إذا أذن الحاكم للمكتري أن ينفق بنفسه على الجمال من ماله قرضاً.

انظر/ المهذب ٢٥٥/٢،التنبيه ص١٢٥،التهذيب ٢٥٨-٢٥٩،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٦/٧، حلية العلماء ٥/ ٤٠٨،فتح العزيز ١٧٤/٦،الروضة٥/ ٢٤٦،نهاية المحتاج ٣٢٥/٥.

[5] لا يجوز:ساقطة من ب .

[6] في ب (له ذلك).

[7] انظر/ المهذب ٢٥٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٦/٧،فتح العزيز ٢٤٦/٦.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٦/٧.

والثاني:يجوز [1] ؛لأنّا إذا لم نجعل له ذلك ،وجعلناه إلى أمين الحاكم شقَّ [2] عليه؛لأنّه يحتاج أن يرجع إليه في كلِّ قليل وكثير مما تحتاج إليه الإبل فجاز لأجل الضرورة . [3]

فإن قلنا:لا يجعله إليه فإنّ أمين الحاكم ينفق عليها ،فإن جعل ذلك إلى [المكتري] [4] كان بمنزلة أن ينفق من غير حكم الحاكم . [5]

فإذا رجع الجمَّال وصدَّقه فيما أنفقه ،أو قامت له بيِّنة رجع به عليه،وإن لم يصدِّقه ولم تقم له به بيِّنة ،فإنّه لا يرجع. [6] [7]

وإن قلنا :إنّ له أن يجعله إليه، وادَّعى قدراً من النفقة ،فإن كان ذلك بتقدير الحاكم رجع به . [8]

وإن لم يكن بتقديره لكن صدقه الجمَّال رجع به، [9]ولا يقبل قوله فيما زاد على القصد بالمعروف،وإن قامت له به بينة . [10]

---

[1] وهو الأظهر .فتح العزيز ١٧٤/٦،الروضة ١٧٤/٥،نهاية المحتاج ٣٢٥/٥.
وصححه الشيرازي في التنبيه ص١٢٥،والروياني في بحر المذهب ٩/ل ١٧٩، والعمراني في البيان ٢٤٦/٧.

[2] في ب (لينفق).

[3] انظر/ المهذب ٢٥٥/٢،البيان ٣٤٦/٧،غنية الفقيه ص٣٩٤.

[4] في أ (المكري).

[5] وسيأتي حكم إنفاق المكتري من غير حكم الحاكم ص٨٣٩ .

[6] قوله (فإنّه لا يرجع) ساقط من ب .

[7] وبنحوه في بحر المذهب ٩/ل ١٧٩.

[8] انظر/ المرجع السابق و البيان ٣٤٦/٧.

[9] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٧٩.

[10] لأنّه إن كان كاذباً فلا حق له ،وإن كان صادقاً فهو متطوِّع بالزيادة فلم تصح الدعوى .المهذب ٢٥٥/٢.
-وقيل :يقبل قول المكتري فيما ادعاه بالمعروف وهو الصحيح .
انظر/ التنبيه ص١٢٥،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٧/٧،الروضة ٢٤٦/٥.

=

هذا كلّه إذا رفع إلى الحاكم .

فأمّا إذا لم يرفع إلى الحاكم- مع تمكُّنه - فإنّه لا يكون له الرجوع [1] ؛لأنّه أنفق بغير إذنه ولا إذن من ينوب عنه.

وإن لم يكن هناك حاكم : فإن لم يُشْهد، أو أَشْهد و لم يشترط الرجوع، لم يكن له /الرجوع. [2] [3]

وإن أشهد وشرط الرجوع فهل /له ذلك أم لا ؟

٦/ل/٦٤ب

فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك [4] ؛لأنّه موضع ضرورة. [5]

والثّاني:لا رجوع له [6] ؛لأنّه أنفق بغير إذنه ولا إذن من ينوب عنه . [7]

=

- وفي وجه :أنّ القول قول الجمّال؛لأنّ المكتري يدعي عليه مالاً ،والأصل براءة الذمة .

انظر/ الأم ٤٢/٤، الحاوي ٤٢١/٧-٤٢٢،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،فتح العزيز ١٧٥/٦،الروضة ٢٤٦/٥.

[1] انظر/ الحاوي ٤٢١/٧،التهذيب ص٢٥٩،بحر المذهب ٩/ل ١٧٩،البيان ٣٤٧/٧.

[2] قوله (الرجوع)بداية ٨/ل/ ٦٢أ من ب.

[3] انظر/ الحاوي ٤٢١/٧،المهذب ٢٥٥/٢، البيان ٣٤٧/٧.

[4] وهو المذهب .التهذيب ص٢٥٩.

و انظر/ الحاوي ٤٢١/٧،المهذب ٢٥٥/٢،البيان ٣٤٧/٧،مغني المحتاج ٣٥٨/٢.

[5] انظر/ التهذيب ص٢٥٥،البيان ٣٤٧/٧.

[6] انظر/ الحاوي ٢٤٣/٧،المهذب ٢٥٥/٢،البيان ٣٤٧/٧.

[7] انظر/ المهذب ٢٥٥/٢،البيان ٣٤٧/٧.

- وإن لم يجد من يشهد فأنفق ففي الرجوع وجهان .

أحدهما :لا يرجع ؛لأنّه يثبت حقاً لنفسه على غيره من دون أذنٍ ولا حاكم.

والثاني :يرجع ؛لأنّ ترك الجمال مع العلم أنّه لا بد لها من العلف إذنٌ في الإنفاق .

انظر/ المهذب ٢٥٥/٢،البيان ٣٤٧/٧.

وكلُّ موضع قلنا:له الرجوع بالنفقة فإذا بلـــغ الغايـــة المحـــدودة [1] ولم يرجـــع الجمَّال، فإنّ الحاكم يبيع بعض جماله ،أو جميعها ويوفيه حقّه منها،[2]فإن باع البعـض ووفّى بقدر الإنفاق نظر فيما بقي :-

فإن كان الأحظ له أن يبيعها؛لأنّه لو تركها أكل بعضها بعضاً ،فإنّه يبيعها ويحفـــظ الثّمن عليه،وإن كان الأحظ في إمساكها فإذا رجع ردّها عليه. [3]

---

[1] أي الموضع الذي اكتري الدَّابَّة إليه أو انتهت مدة الإجارة .

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،فتح العزيز ١٧٥/٦،الروضة ٢٤٧/٥.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،فتح العزيز ١٧٥/٦.

فـــصــــل

يجوز الاستئجار لحفر الآبار [1] ؛لأنّه عمل يجـــوز التـــبرُّع بـــه ،فجـــاز العقـــد عليه؛أصله:سائر الأعمال.

ومن شرطه:أن يكون معلوماً.

إمَّا بالزَّمان فيقول:كذا وكذا يوماً . [2]

وإمَّا بالعمل، فإن قدَّره بالعمل :

فمن شرطه:أن يشاهد موضع الحفر [3] ؛لأنّ الأرض تختلـــف، فتكـــون رِخْـــوَة وصلبة. [4]

ومن شرطه:أن يذكر قدر الدُّور،[5] ، والعمق بالذّراع المتعارف بين النَّاس. [6]

فإذا استأجر وحفر، ثم انهار من جانب البئر فيـــها تـــراب فـــإنّ إخراجـــه علـــى المستأجِر دون الأجير [7] ؛لأنّ ذلك ملكه حصل فيها ،فهو كما لو وقع فيه طعـــام أو غيره. [8]

فإن قيل:هلَّا قلتم :إنّ ذلك على الأجير؟ كما قلتم فيما يُخرج منها من التراب.[9]

---

[1] انظر/ الحاوي ٤٤٥/٧،المهذب ٢٤٩/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٧/ ٣٢٠.

[2] كأن يستأجره ليحفر له عشرة أيام كل يوم بدرهم.

انظر /الحاوي ٤٤٥/٧،المهذب ٢٤٩/٢،التهذيب ص٢١٤.

[3] انظر/ المهذب ٢٤٩/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٣٢١/٧،فتح العزيز ١٠٨/٦، الروضة ١٩٢/٥.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٣٢١/٧.

[5] أي مقدار سعة البئر وعرضها.

انظر/ التهذيب ص٢١٥،بحر المذهب ٩/ل ١٨٠.

[6] انظر/ الحاوي ٤٤٥/٧،المهذب ٢٤٩/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٣٢١/٧.

[7] انظر/ الحاوي ٤٤٥/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٣٢١/٧، فتح العزيز ١٠٨/٦، الروضة ١٩٢/٥.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٣٢١/٧.

[9] وذلك عند حفر البئر .

فالجواب:أنّه استأجره على الحفر، والحفر لا يحصل إلا بإخراج ترابها فافترقا. [1]

وإذا خرج عليه حجر وأمكنه أن يحفره لزمه ذلك،وإن كان فيه مشقّة [2] ؛لأنّه إلتزم الحفر بالعقد ،فلزمه ذلك مع اختلافه،[3] وإن كان لا يمكنه حفرُه فإنّ العقد ينفسخ فيما بقي،[4]**وهل ينفسخ فيما مضى ؟ على الطريقين** : [5]

فإذا قلنا :لا ينفسخ وهو الصحيح [6] وأنّ [7] المسمّى يتقسّط على أجرة المثل،[8] فإن كان أجرة ما حفر خمسة،و أجرة ما بقي عشرة كان له ثلث المسمّى فإن كان أجرة [مثل] [9] ما حفر خمسة ،وأجرة [مثل] [10] ما بقي عشرة كان

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٠.

[2] إذا انتهى إلى موضع صلب أو حجارة نظر:

إن كان يعمل فيه المعول وجب حفره، على الأصح .

ونقل هذا القول عن المصنف العمراني ،والرافعي والنووي .

وفي وجه: أنّه لا يلزمه حفرها ؛لأنّها مخالفة لما شاهد من الأرض ،وبه قال ابن الصباغ .

انظر/ التهذيب ص٢١٤-٢١٥،بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٣٢١/٧،فتح العزيز ١٠٨/٦،الروضة ١٩٢/٥.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٣٢١/٧.

[4] انظر/ فتح العزيز ١٠٨/٦،الروضة ١٩٢/٥.

[5] وقد تقدما ص٧٥٣.

[6] وهو المذهب .

انظر/ فتح العزيز ١٠٨/٦،الروضة ١٩٢/٥.

[7] في ب (فإن).

[8] انظر/ الحاوي ٤٤٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٨٠، البيان ٣٢١/٧، الروضة ١٩٢/٥.

[9] [مثل] ساقطة من أ.

[10] [مثل] ساقطة من أ.

له الثلث ،ولا يتقسَّط ذلك على قدر الأذرع؛[1] لأنّ حفر الأعلى أسهل وأقرب إلى نقل التراب من الأسفل .[2]

وهكذا إذا نبع الماء قبل أن يبلغ /الحدَّ [3] الذي شرطه ،و لم يمكن الزيادة على الحفر ،فحكمه مثل حكم الحجر.[4]

والاستئجار لحفر الأنهار والقنوات يجوز،ومن شرطه:أن يكون معلوماً بالزَّمان ،أو بالذرع، ويتقدَّر العمل به ،فإن قدره بالذَّرع فمن شرطه:مشاهدة الأرض .[5]

وكذلك إذا استأجره لضرب اللَّبِن [6] قدَّره بالزمان، أو العمل،فإن قدَّره بالعمل **فمن شرطه**:أن يشاهد الموضع الذي يضرب فيه [7] ؛لأنّ الغرض يختلف بقرب الماء وبعده [8] ،ويذكر العدد [9] ،ويشاهد القالب .[10]

---

(1) انظر/ الحاوي ٧/٤٤٦،البيان ٧/٣٢١.

(2) انظر/ البيان ٧/٣٢١.

(3) قوله (الحد) بداية ٨/ل/ ٦٢ ب من ب.

(4) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٠،البيان ٧/٣٢١،فتح العزيز ٦/١٠٨،الروضة ٥/١٩٢.

(5) انظر/ المهذب ٢/٢٥٥،البيان ٧/٣٢٠،فتح العزيز ٦/ ١٨٠.

(6) اللَّبِن :بفتح اللام وكسر الباء ما يعمل من الطين،ويبنى به الواحدة لَبِنة،ويجوز التخفيف فيصير مثل حِمْل .

انظر/ المصباح المنير ص٢٠٩.

(7) انظر/ المهذب ٢/٢٥٠،بحر المذهب ٩/ل ١٨٢، البيان ٧/٣٢٢،فتح العزيز ٦/١٠٩،الروضة ٥/١٩٣

(8) انظر/ البيان ٧/٣٢٢،فتح العزيز ٦/١٠٩.

(9) انظر/ المهذب ٢/٢٥٠،بحر المذهب ٩/ل ١٨٢،البيان ٧/٣٢٢،فتح العزيز ٦/١٠٩،الروضة ٥/١٩٣.

(10) إن كان القالب معلوماً معروفاً ،جاز أن يطلق .

وإن لم يكن كذلك فلا بد أن يبين طوله وعرضه ،وسمكه وهو قول ابن الصباغ .

ونقل الروياني والعمراني ،والرافعي ،والنووي عن المصنف الاكتفاء بمشاهدة القالب .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٢،البيان ٧/٣٢٢،فتح العزيز ٦/١٠٩،الروضة ٥/١٩٣.

وإذا استأجره للبناء قدَّره بالزَّمان أو بالعمل. [1]

وإن [2] قدَّره بالزمان قال:استأجرتك لبناء حائط /كذا وكذا يومـــاً،وإن قـــدَّره بالعمل احتاج أن يقدِّر عرض الحائط وطوله وسمكه ،وهل هو من لَبِن، أو آجـــرٌ، أو بجصٌ، أو طين؟ ؛لأنَّ الغرض يختلف بذلك . [3]

٦/

---

[1] انظر/ الحاوي ٤٤٩/٧،التنبيه ص١٢٣،بحـــر المذهـــب ٩/ل ١٨٢،البيـــان ٣٢٢/٧،فتـــح العزيـــز ١٠٩/٦،الروضة ١٩٣/٥.

[2] في ب (فإن).

[3] انظر/ التنبيه ص١٢٣،بحر المذهب ٩/ل ١٨٢،البيان ٣٢٢/٧.

فصـــــل

يجوز الاستئجار للإرضاع [1] لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ [2]

ولأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك؛[3] إذ الأم ربَّما لم يدرّ لها لبن ،وربَّما ماتت فجاز العقد عليه ، كما جاز على الدّار والبهيمة.

والصحيح من المذهب أنّ العقد يصحُّ على الإرضاع دون الحضانة من مراعاة الصَّبيِّ وغسل خرقه. [4]

فإذا أطلق العقد لم يلزمها إلا الإرضاع فحسب . [5]

وإن شرط الحضانة مع الإرضاع جاز ،ولزمها الأمران جميعاً . [6]

---

[1] انظر/ الأم ٢٩/٤، الإشراف لابن المنذر ٢١٩/١،الحاوي ٤٢٣/٧، المهذب ٢٤٩/٢.

[2] سورة الطلاق أية رقم (٦)

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٣.

[4] انظر/ التهذيب ص٢٠٦،البيان ٣١٨/٧،فتح العزيز ٩١/٦، الروضة ١٧٩/٥،نهاية المحتاج ٢٩٥/٥.

-وفي وجه لا يجوز الاستئجار للإرضاع دون الحضانة .

وهذا الخلاف فيما إذا قصر الإجارة على صرف اللبن إلى الصبي ،وقطع عنه وضعه في الحجر ،وأمَّا الحضانة -بالتفسير العام- ،فلا خلاف في جواز قطعها عن الإرضاع وقد تقدم في بداية كتاب الإجارة ص٧٢٩.

انظر/ فتح العزيز ٩١/٦،الروضة ١٧٩/٥.

[5] وهو الأصح .

وفي وجه يلزمهما الإرضاع الحضانة ،للعادة الجارية بذلك .

وفي وجه يستتبع الإرضاع الحضانة ولاعكس .

انظر/ التهذيب ٢٠٦،٢٠٧،الوسيط ١٧٣/٤-١٧٤،فتح العزيز ١٢٣/٦-١٢٤،الروضة ٢٠٨/٥،نهاية المحتاج ٢٩٦/٥.

[6] انظر/ البيان ٣١٧/٧،فتح العزيز ٩١/٦، الروضة ١٧٩/٥.

ومن شرْطه:أن تكون المدَّة معلومة [1] ؛لأنّه لا يمكن تقديره بالعمل نفسه؛لأنّ الإرضاع يختلف.

ومن شَرْطه:أن تشاهد الصَّبيَّ [2] ،وأن تكون الأجرة معلومة . [3]

وإن استأجرها بنفقتها وكسوتها مدَّة الإرضاع لم تصحَّ . [4]

وقال أبو حنيفة:تصح . [5]

واحتجَّ من نصره:

بقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾.[6] [7]

---

[1] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/١٩٠،الحاوي ٧/٤٢٣،البيان ٧/٣١٨،فتح العزيز ٦/١٠٨،الروضة ٥/١٩٢.

[2] انظر/ الحاوي ٧/٤٢٣،المهذب ٢/٢٤٩،البيان ٧/٣١٨،فتح العزيز ٦/١٠٨،نهاية المحتاج ٥/٢٩٥

[3] انظر/ الإشراف لابن المنذر ١/٢٠٩،البيان ٧/٣١٧.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٣-١٨٤،الروضة ٥/١٧٤.

[5] وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن :لا تصح .

انظر/الكتاب وشرحه اللباب ٢/١٠١، المبسوط ١٥/١١٩، بدائع الصنائع ٤/٤٨.

[6] سورة البقرة آية رقم [٢٣٣]

[7] وجه الدلالة أن قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة:٢٣٣]

أي أجراً على الإرضاع بعد الطلاق ويدل على ذلك أنَّه قال :﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾[البقرة:٢٣٣]

والإشارة إلى أجر الرضاع لا نفقة النّكاح ؛لأنّه يكون بعد الموت المولود له .

انظر/ المبسوط ١٥/١١٩،بدائع الصنائع ٤/٤٨.

ودليلنا:

أنّها أجرة مجهولة ،فوجب أن تمنع صحَّة العقد كالإجارة على غير الإرضـــاع، [1] والإجــارة علــى الإرضـــــاع [2] بغـــير الكســـوة والنفقـــة، ممــــا يكون مجهولاً . [3]

ولأنّ ما لا يجوز أن يكون أجرة في غير الإرضاع لم يجز أن يكون أجرة في الرضـــاع ؛أصله:الدراهم والدنانير المجهولة . [4]

فإن قيل:عقد الرضاع مخالف لغيره؛لأنّه يصحُّ مع جهالة المقصود[5] قبـــل المـــدَّة المذكورة [ويكون] [6] تقديراً له [7] ،كما يكون تقديراً في سائر الإجارات.

فإن قيل:الرضاع تستباح فيه العين بعقد الإجارة بخلاف غيره ،فجـــاز أن يكـــون العوض مجهولاً.

قلنا: فيجب أن تُجوِّزه بالدراهم المجهولة إن كان لهذا المعنى . [8]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٤.

-وعند أبي حنيفة :لا يجوز هذا إلا في الإرضاع خاصة استحساناً دون سائر الإجارات .

انظر/ المبسوط ١١٩/١٥،بدائع الصنائع ٤٨/٤.

[2] قوله (والإجارة على الإرضاع) ساقط من ب.

[3] عند أبي حنيفة تجوز بالكسوة والنفقة فقط دون ما سواه من الجهولات .

انظر/ بدائع الصنائع ٤٨/٤.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٤.

[5] قوله (المقصود)بداية ٨/ل/٦٣أ من ب .

[6] [ويكون] ساقطة من أ.

[7] له :ساقطة من ب .

[8] وكما تقدم في الصفحة السابقة أن أبا حنيفة لا يجيزه إلا في النفقة والكسوة دون مـــا ســـواه مـــن المجهولات .

فأمَّا الجواب عن الآية فهو:أنّ المراد به الزَّوجات ؛بدلالـــة قولــه: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾[1] .

فإن قيل:لِمَ خَصَّ حال الرضاع بذلك ؟والزوجة تســتحقُّ النفقــة ،وإن لم تكــن ترضع ؟[2]

قلنا:لأنّ الزوجة تشتغل بخدمة الولد عن الزوج فربَّما يوهم سقوط نفقتها ،فأبان أنَّها لا تسقط بذلك،والله أعلم.

---

[1] سورة [البقرة:٢٣٣].

[2] وبنحوه في المبسوط ١١٩/١٥.

فـــصـــل

قد ذكرنا أنَّ الإجارة جائزة. [1]

فإذا ثبت ذلك ،فإن كان الولد موسراً فإنّ الأجرة في مالـــه؛لأنّ نفقـــة الموســـر في ماله،وإن كان معسراً كان ذلك في مال الأب كما تكون نفقته. [2]

فـــصـــل

ومن شرط صحة الإجارة على الرضاع تعيين [الموضع] [3] [4] ،فـــإنّ الغـــرض يختلف بذلك، [5]فإنّها إذا أرضعته في بيتها كان أسهل،وإن أرضعته في بيـــت أبويـــه كان أشقَّ عليها . [6] /

٦/أ/٦٥ب

---

[1] أي على الإرضاع ص٨٤٥.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٥٨،البيان ٧/٣١٨-٣١٩.

[3] في أ (المرضع)

[4] انظر/ المهذب ٢/٢٤٩، التهذيب ص٢٠٥،الوسيط ٤/١٦٧،البيان ٧/٣١٨.

[5] انظر/ المهذب ٢/٢٤٩،الوسيط ٤/١٦٧،مغني المحتاج ٢/٣٤٥.

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٤، البيان ٧/٣١٨،مغني المحتاج ٢/٣٤٥.

فــــصــــل

إذا مات أحد الثلاثة .[1]

فإن كان الأب : لم يبطل العقد؛[2]لأنّ العقد لا يبطل بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه.

وإن ماتت المرضعة: بطل العقد؛[3]لأنّ العمل قد تعذّر.

وإن مات الولد :**ففيه وجهان**:

أحدهما:لا يبطل[4]لأنّ المستأجر إذا مات لا يبطل العقد بموته ،مع أنّه هو العاقد المُسْتَوفِي ،وهاهنا العاقد غيره، وهو مُسْتَوفَى به ،فكان أولى أن لا يبطل.

والوجه الثّاني:يبطل[5]لأنّ المحلّ الذي وجب إيقاع العمل فيه قد تلف، فيبطل العقد ، [6] كما إذا استأجره ليهدم له حائطاً فوقع قبل هدمه .[7]

---

[1] المراد بهم :الأب ، والمرضعة ،والولد .

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٥.

[3] إن كان قبل أن يمضي شيٌ من المدة .

وإن كان بعد مضي شيء من المدة وبقي البعض انفسخت الإجارة فيما بقي ،وهل تنفسخ فيما مضى فيه الطريقان المتقدمان في ص٧٥٣

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٥،البيان ٧/٣٦٥.

و انظر/ الحاوي ٧/٤٢٤،التهذيب ص٢٠٨.

[4] ويأتي المستأجر ببدله .

انظر/ الحاوي ٧/٤٢٤،المهذب ٢/٢٦٣،بحر المذهب ٩/ل ١٨٥،البيان ٧/٣٦٥،مغني المحتاج ٢/٣٥٠.

-وقد ضعف هذا القول الروياني في بحر المذهب ٩/ل ١٨٥.

[5] قال العمراني (وهو المشهور)البيان ٧/٣٦٥.

و انظر/ الحاوي ٧/٤٢٤،التهذيب ص٢٠٨،بحر المذهب ٩/ل ١٨٥.

[6] انظر/ البيان ٧/٣٦٥، غنية الفقيه ص٣٨٩.

[7] في ب (أن يهدمه).

فصل

إذا أرادت المرأة أن تؤجر نفسها إمَّا للرضاع أو للخدمة :

فإن كان ذلك برضا الزَّوج صحَّ [1] ؛لأنَّ المنفعة لا تخرج عنهما؛لأنَّها بينهما [2] ،وهذا كما نقول إن المكاتب يجوز له أن يستأجر بإذن سيِّده؛لأنّ المال بينهما لا /يخرج عنهما.[3]

وإن كان ذلك بغير إذنه فهل يصح أم لا ؟

فيه وجهان:

أحدهما:يجوز [4] ؛لأنَّها تعقد على الاستمتاع، والزوج لا يملك منها[إلا] [5] الاستمتاع حسب . [6]

والثَّاني:لا يجوز؛[7]لأنّه يفوت بذلك الاستحقاق الذي يثبت له من الاستمتاع بها والاحتباس في بيته ،وتكون تحت يده ،فلم يصحَّ ذلك ،كما لو أجرت نفسها وحكمنا بصحَّتها.

ثم أجرتها ثابتة،فإذا قلنا: لا يصح فلا كلام . [8]

---

[1] انظر/ الحاوي ٤٢٤/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٨٤،البيان ٣١٩/٧،الروضة ١٨٦/٥.

[2] انظر/ البيان ٣١٩/٧.

[3] قوله (يخرج عنهما)بداية ٨/ل/٦٣ أ من ب .

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٤، البيان ٣١٩/٧،فتح العزيز ١٠١/٦،الروضة ١٨٦/٥.

[5] [إلا] ساقطة من أ.

[6] أي فلا يملك الزوج خدمتها وإرضاعها كما علل العمراني ذلك في البيان بقوله(لأنَّ العقد يتناول محلاً غير المحل الذي يتناوله عقد النِّكاح ؛لأنَّه لا يملك خدمتها ولا إرضاعها)٣١٩/٧، و انظر/ ١٠١/٦.

[7] وهو الأصح .

انظر/ فتح العزيز ١٠١/٦، الروضة ١٨٦/٥،تكملة المجموع ٥٠٣/١٣.

[8] انظر/ البيان ٣١٩/٧،فتح العزيز ١٠١/٦.

وإذا قلنا :يصحُّ فإن الخيار يثبت له [1] ؛لأنّ الاستمتاع الذي هو حقٌّ له يختـــــل بذلك ويفوت، فجعلنا إليه فسخ العقد الذي عقد به. [2]

[1] انظر/ الحاوي ٤٢٤/٧،التهذيب ص٢٠٩،بحر المذهب ٩/ل ١٨٤،البيان ٣١٩/٧، فتح العزيز ١٠١/٦.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٤،البيان ٣١٩.

- وأمَّا إذا أجرت نفسها ،ولا زوج لها ،ثم نكحت في المدة فالإجارة بحالها ،وليس للـــزوج منعـــها لأنَّ الإجارة سابقة لحقه .

- انظر/ التهذيب ص ٢٠٩ بحر المذهب ٩/ل ١٨٤،البيان ٣١٩/٧ ،الروضة ١٨٦/٥.

فصل

إذا رزق من امرأته ولداً لم يكن له أن يجبرها على رضاعه إن امتنعت من ذلك .[1]

ويفارق الأمة وأمّ الولد ؛لأنّ هؤلاء يملك رقاهنّ، والزَّوجة لا تملك رقبتها،وإنّما يملك الاستمتاع بها.

وأمّا المكاتبة فإنّه لا يجوز أن يجبرها على الرضاع؛لأنّه لا يملك منافعها وكسبها. [2]

فأمّا إذا تطوَّعت الزَّوجة بإرضاع الولد لم يجبر الأب على ذلك[3]؛ لأنّه يختل استمتاعه بها [4]،فإن تعاقدا عقد الإجارة لم يصحَّ [5]؛لأنّها أخذت عوضاً في مقابلة الاستمتاع والتمكين من الاستمتاع، فلا يجوز أن تأخذ عوضاً آخر. [6]

فأمّا إذا بانت منه جاز أن يستأجرها للرَّضاع [7] ؛لأنّها قد خرجت من تحت حبسه. [8]

---

[1] انظر/ المهذب ١٦٢/٣،بحر المذهب ٩/ل ١٨٤،البيان ٢٦٤/١١،مغني المحتاج ٤٤٩/٣.

[2] وإنّما كسبها ومنافعها لها .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل١٨٦.

[3] انظر/ المهذب ١٦٢/٣.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٤، المهذب ١٦٢/٣.

[5] وهذا الذي ذكره العراقيون وهو قول أبي حامد الإسفراييني .

وفي وجه وهو الأصح ،الجواز كما لو استأجرها بعد البينونة ،وكما لو استأجرها للطبخ والكنس .

انظر/ المهذب ١٦٢/٣،البيان ٢٦٥/١١،فتح العزيز ١٠١/٦-١٠٢،الروضة ١٨٦/٥،مغني المحتاج ٤٥٠/٣.

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٤،فتح العزيز ١٠٢/٦.

[7] انظر/ المهذب ١٦٢/٣،البيان ٢٦٦/١١،فتح العزيز ١٠٢/٦.

[8] انظر/ المهذب ١٦٢/٣،البيان ٢٦٦/١١.

فإن بذلت الرضاع متطوِّعة بذلك كانت أحقَّ به من غيرها. [1]

وإن طلبت أكثر من أجرة المثل ووجد الأب من يتطوَّع، أو رضي بأجرة المثل لم تكن الأمُّ أولى . [2]

وإن رضيت بأجرة المثل كانت أولى، إذا لم يجد إلا بأجرة المثل .

فإن وجد متطوِّعة، أو بأقلَّ من أجرة المثل فهل تكون الأمُّ أولى أم لا ؟

على قولين : [3]وقد ذكرنا ذلك مستقصى في كتاب النفقات. [4]

---

[1] وذلك لأنَّ الأم أشفق عليه من غيرها ،ولأنَّ لبن الأم له أنفع .

انظر/ المهذب ٣/١٦٢،مغني المحتاج ٣/٤٥٠.

[2] انظر/ المرجعين السابقين .

[3] أحدهما :أن الأم أحق برضاعه بأجرة المثل لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ الطلاق آية رقم (٦) و لم يفرق .

والثاني: أنَّ للأب أن ينتزعه ،وهو الأظهر لقوله تعالى :﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ [الطلاق:٦] والتعاسر هو الشدة والتضايق ،فإذا وجد من يرضعه بدون أجرة المثل أو بغير أجرة ،وطلبت الأم أجرة المثل فقد تعاسر .

انظر/ المهذب ٣/١٦٢،البيان ١١/٢٦٧، المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣/٤٥٠.

[4] والنفقات: جمع نفقة وهو الإخراج بالخير .

انظر/ مغني المحتاج ٣/٤٢٥، السراج الوهاج ص٣٦٥.

٦/ل/١٦٦أ

فصل

إذا بيعت / العين المستأجرة [١] ففيه [٢] **قولان:**

أحدهما: باطل. [٣]

والثاني: صحيح . [٤]

فإن علم المستأجر [٥] بذلك لم يكن له الخيار ،ويكون للمستأجر إمساكها حتى يستوفي،وإن لم يكن علم كان له الخيار. [٦]

وقال أبو حنيفة :/يكون [٧]البيع موقوفاً على رأي المستأجر ،فإن رضي صحَّ البيع،وبطلت إجارته، وإن لم يرض بطل البيع . [٨]

---

[١] لغير المستأجر أمَّا إذا بيعت للمستأجر فالبيع صحيح كما سيأتي ص٨٥٧.
ويدخل في حكم البيع الهبة أيضاً .
انظر/ التهذيب ص١٩٩-٢٠٠،الروضة ٥/٢٥٣-٢٥٤.

[٢] في ب(فيها).

[٣] لأنَّ يد المستأجر تحول دون تسليمه للمشتري، فلم يصح البيع ،كبيع المغصوب من غير الغاصب، والمرهون من غير الراهن .
انظر/ الحاوي ٧/٤٠٣،المهذب ٢/٢٦٥،التهذيب ص٢٠٠،حلية العلماء ٥/ ٤٢٨،البيان ٧/٣٧١،المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي من دون إخوانه الأئمة ص١٥٧،.

[٤] لأنه عقد على منفعة فلم يمنع صحة البيع كما لو زوج أمته ثم باعها .
وهو أظهر القولين .
انظر/ الحاوي ٧/٤٠٣،المهذب ٢/٢٦٥،البيان ٧/٣٧١،الروضة ٥/٢٥٤،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٨٨.

[٥] كذا في المخطوط ولعل الصواب (المشتري)كما يدل عليه السياق و انظر/ الحاوي ٧/٤٠٣،البيان ٧/٣٧١.

[٦] الحاوي ٧/٤٠٣،التهذيب ص٢٠١.

[٧] قوله (يكون)بداية ٨/ل/٦٤أ من ب .

[٨] وهو قول محمد بن الحسن وأبي يوسف في القديم .

=

واحتجَّ من نصره: بأنّها محبوسة في يده لاستيفاء حقّه، فأشبهت المرهونة؛ لأنّ[1] يد المستأجرة حائلة دون التسليم،[2] فهو كما لو باع شيئاً غصبه منه.[3]

ودليلنا:

أنّ الإجارة عقد على منفعة، فهي كالنِّكاح، وبيانه: أنَّ السيِّد إذا زوَّج أمته جاز له بيعها.[4]

ولأنّ النكاح يقع مؤبَّداً، والإجارة مؤقتة، فإذا جاز بيع المنكوحة كان بيع المستأجرة أولى.

فإن قيل: يد المستأجر حائلة، ويد الزوج غير حائلة.

فالجواب: أنّ يد الزوج أيضاً حائلة؛ لأنّ للزوج أن يحبسها في الوقت الذي لا خدمة لسيِّدها فيه.

ولأنّ يد المستأجر ليست حائلة؛ لأنّ المشتري يمكنه أن يتسلَّمها ثمَّ يردَّها في الحال إلى يد المستأجر، ليستوفي حقَّه.

ويدلُّ عليه: أنّ الرقبة في يد المستأجر أمانة خاليه عن عقد فجاز بيعه كالوديعة.[5]

ولأنّه إذا باع ثمره جاز بيع الشجرة[6]؛ لأنّ الثَّمرة بمنزلة المنفعة؛ لأنّهما ملكا بعقدين.

=

انظر/ مختصر الطحاوي ص ١٣٠، البحر الرائق ٢٨١/٥، بدائع الصنائع ٣٥٤/٤.

قال الكساني في معرض حديثه عن هذا المسالة (وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة في بعضها أن البيع فاسد، وفي بعضها أنّه موقوف وهو الصحيح؛ لأنَّ ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه) بدائع الصنائع ٣٥٤/٤.

[1] في ب (ولأن).

[2] وبنحوه في بدائع الصنائع ٣٥٤/٤، البحر الرائق ٢٨١/٥.

[3] انظر/ المهذب ٢٦٥/٢، البيان ٣٧١/٧.

[4] انظر/ الحاوي ٤٠٣/٧، المهذب ٢٦٥/٢، البيان ٣٧١/٧.

[5] انظر/ الروضة ٣٥٨/٣، المجموع ٢٧١/٩.

[6] انظر/ فتح العزيز ١٨٢/٦.

فأمَّا الجواب عن قياسهم على الرَّهن فهو: أنّ المعنى فيه أنّ العقد يتناول الرَّقبة ؛ ولهذا قلتم :إنّ الولد يدخل في الرهن، [1] ،وقلنا :جميعاً إنّه إذا تعذّر استيفاء الحقّ بيعت الرَّقبة [2] ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّ الإجارة ما تناولت الرَّقبة ؛فلهذا جاز بيعها.

وأمَّا الجواب عن دليلهم الثّاني: [3]فهو أنّه ليس هناك يد حائلة على ما بيَّنّاه .

وأمَّا المغصوب: فإن كان يقدر على انتزاعه صحَّ البيع،وإن كان لا يقدر على انتزاعه لم يصحّ؛لأنّ هناك يداً حائلة تمنع التسليم ،وليس كذلك في مسألتنا؛لأنّ يد المستأجر لا تمنع التسليم.

هذا كلُّه إذا باع من غير المستأجر .

فأمَّا إذا باعه [4] من المستأجر صحَّ قولاً واحداً [5] ؛لأنّ يده لا تمنع تسليمه [6] ،وليس كذلك إذا باعه من غيره؛لأنّ يده تمنع التسليم . [7]

---

[1] انظر/ الكتاب وشرحه اللباب ٦٣/٢، والمبسوط ١٣٤/١٣،البحر الرائق ٣٠٢/٨.
وعند الشّافعيّة لا يدخل في الرهن .
انظر/ الوسيط ٤٦٤/٣-٤٦٥.

[2] أي رقبة المرهون .
انظر/ الكتاب وشرحه اللباب ٥٨/٢،فتح الوهاب ٣٣٥/١.

[3] وهو قولهم (إنّ يد المستأجر حائلة دون التسليم فهو كما لو باع شيئاً غصبه منه)

[4] في ب (باع).

[5] انظر/ الحاوي ٤٠٣/٧، المهذب ٢٦٥/٢،البيان ٣٧١/٧،الروضة ٢٥٢/٥،نهاية المحتاج ٣٢٨/٥.

[6] انظر/ المهذب ٢٦٥/٢، البيان ٣٧١/٧.

[7] كما تقدم ص٨٥٦.

فأمَّا إذا باع سلعة قبل قبضها لم يصح لا من البائع ولا من غيره [1] ؛لأنّه [2] لم يدخل في ضمانه ،ولم يحصل فيه التسليم/،وهذا يستوي [3]فيه البائع والأجنبيُّ.

فإذا ثبت أنّه يصحُّ بيعه من المستأجر فهل تبطل الإجارة ببيعه منه أم لا ؟.

ذكر ابن القفال في التقريب : [4] أنَّ من أصحابنا من قال:يبطل [5] ؛لأنّ ملك الرقبة لمَّا منع ابتداء الإجارة منع استدامتها ،كما أنّه لمَّا منع ابتداء النِّكاح منع استدامته. [6]

والصحيح: أنّها لا تبطل [7] ؛لأنّه ملك المنافع بعقد الإجارة، ثم ملك /الرَّقبة مسلوبة المنفعة، فلم يؤثِّر أحد العقدين في الآخر ،كما لو اشترى الثَّمرة، ثمَّ اشترى الشجرة . [8]

٦/ل/

إذا ثبت هذا.

---

[1] انظر/ نهاية المحتاج ٥/٣٢٨.

[2] في ب (لأنها).

[3] قوله (وهذا يستوي)بداية ٨/ل/٦٤ ب من ب.

[4] القاسم بن القفال الكبير الشاشي محمد بن علي مصنف التقريب كان ،إماماً جليلاً حافظاً برع في حياة أبيه وكتابه التقريب وقد تقدم التعريف به في مصادر المؤلف . انظر/تهذيب الأسماء واللغات ٢/١/٢٧٨، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه١/١٩١-١٩٢

[5] وهو قول ابن الحداد .

انظر/ التهذيب ص١٩٩، البيان ٧/٣٧١، فتح العزيز ٦/١٨١، الروضة ٥/٢٥٣.

[6] ومما يوضح هذا عبارة العمراني في البيان (لأنَّ الإجارة عقد على منفعة فإذا ملك الرقبة بطل العقد وعلى منفعتها ،كما لو تزوج ثم اشتراها)٧/٣٧١.

قال الرافعي (ويعبر هن هذا الوجه بأنَّ الإجارة والملك لا يجتمعان)فتح العزيز ٦/١٨٢.

[7] وهو قول أبي حامد ،وأبي إسحاق المروزي ،وهو الأصح .

انظر/ البيان ٧/٣٧١،فتح العزيز ٦/١٨١،الروضة ٥/٢٥٣،نهاية المحتاج ٢/٣٢٨.

[8] انظر/ البيان ٧/٣١٧، فتح العزيز ٦/١٨٢.

فإذا قلنا: يبطل فإنّه يرجع بما بقي،[1] على ما تقدَّم بيانه.

وإن قلنا: لا تبطل، فالحكم في الاستيفاء كالحكم فيه مع بقاء ملكه .[2]

وهكذا إذا أجَّرها من وارثه ثم مات فورثه وارثه ،فهل تبطل الإجارة ؟ على وجهين.[3] والله أعلم.

---

[1] أي يرجع المستأجر على البائع بأجرة المدة الباقية ،وهو الأصح .

انظر/ التهذيب ص٢٠٠،البيان ٣٧٢/٧،فتح العزيز ١٨٢/٦، الروضة ٢٥٣/٥.

- وذكر العمراني عن ابن الحداد وجهاً آخر بأنَّ المكتري لا يرجع ؛وذلك لأنَّ الإجارة انفسخت لمعنى من جهة المستأجر ،فلم يرجع بشيء ،كالمرأة إذا ارتدت قبل الدخول .البيان ٣٧٢/٧.

و انظر/ فتح العزيز ١٨٢/٦،الروضة ٢٥٣/٥.

[2] انظر/ التهذيب ص٢٠٠،البيان ٣٧٢/٧.

[3] وهما الوجهان المتقدمان.

انظر/ البيان ٣٧٢/٧،الروضة ٢٥٣/٥.

فصل

إذا أجر عبده ثم أعتقه صحَّ العتق [1] ؛لأنَّه يملك الرقبة فهو، كما لو أعتقه قبل الإجارة،ولأنّه إذا زوج أمته ثم أعتقها صح [2] فكذلك هذا.

إذا ثبت هذا.

فإنّ الإجارة بحالها تلزم العبد [3] ،**وهل له الرجوع على سيده بأجرة المثل ؟.**

قال في القديم:يرجع [4] ؛لأنّ المنافع تلفت بسبب من جهة السيد ،فهو كما لو أكرهه على العمل. [5]

وقال في الجديد:لا يرجع؛ [6]لأنّه تصرف في منافعه حين كان له التصرف فصحَّ ذلك، وما طرأ بعده من الحرية لا يوجب الرجوع، كما لو زوج أمته ووطئها الزوج واستقرَّ المهر ثم أعتقها لم يرجع عليه بالمهر،[7]فكذلك هاهنا.

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢٦٥، الوسيط ٤/٢٠٤، البيان ٧/٣٦٩، فتح العزيز ٦/١٧٩.

[2] انظر/ المهذب ٢/٢٦٥، الوسيط ٤/٢٠٤، البيان ٧/٣٦٩.

[3] فلا تنفسخ الإجارة على الصحيح ، ولا خيار للعبد على الأصح .

وفي وجه ذكره صاحب التقريب :أنّ الإجارة تنفسخ .

انظر/ الوسيط ٤/٢٠٤،فتح العزيز ٦/١٧٩-١٨٠، الروضة ٥/٢٥١.

[4] انظر/ المهذب ٢/٢٦٥، فتح العزيز ٧/٣٦٩،فتح العزيز ٦/١٨٠،الروضة ٥/٢٥١.

-وقال بعضهم المسألة على وجهين .

التهذيب ص١٩٧، الوسيط ٤/٢٠٥،فتح العزيز ٦/١٨٠،الروضة ٥/٢٥١.

[5] انظر/ البيان ٧/٣٦٩،فتح العزيز ٦/١٨٠.

[6] قال النووي في الروضة (على الأظهر الجديد ،وقيل الأصح)٥/٢٥١.

و انظر/المهذب ٢/٢٦٥،الوسيط ٤/٢٠٥،البيان ٧/٣٧٠، فتح العزيز ٦/١٨٠.

[7] انظر/ المهذب ٢/٣٦٥، البيان ٧/٣٧٠.

-إن قلنا :يرجع وهو القديم ،كانت نفقة العبد على نفسه بعد العتق .

وإن قلنا : لا يرجع وهو الجديد ،فعلى من تجب النفقة .

أحدهما :تجب نفقته على المولى ؛لأنّه كالباقي على ملكه ؛بدليل أنّه ملك بدل منفعته .

=

فـــصـــل

إذا أجر الأبُ أو الوصيُّ الصَّبيَّ أو ماله صحَّ،[1]كما يصحُّ بيع ماله . [2]

فإذا بلغ فهل تنفسخ فيما بقي من المدة أم لا ؟

فيه وجهان:

أحدهما:لا تنفســـخ [3] ؛لأنّــه تصـــرَّف للمُوَلَّـــى عليــه حـــين كـــان لـــه التصرف [4] ، فأشبه إذا باع له شيئاً واشترى له شيئاً. [5]

والثاني:يبطل؛ [6] لأنّه عقد على منافع لا يجوز له التصرُّف فيها؛لأنّ المُوَلَّى عليــــه بعد بلوغه يجوز له التصرُّف في منافع نفسه وماله دون غيره . [7]

قال أصحابنا رحمهم الله :وكذلك إذا كان رجل قد وقف وقفاً علىعَقِبه/، وعَقِـــب [8]عقبه فأجَّر البطن الأول الوقف،ثم انقرضوا فهل يلزم ذلك البطن الثّاني ؟.

=

والثاني :تجب نفقته على بيت مال المسلمين ؛لأنّه لا يمكن إيجابها على المولى ؛لأنّه قد زال ملكه ،ولا علـــى نفسه ؛لأنّه لا يقدر عليها مدة الإجارة ،وهو الأصح .

انظر/ التهذيب ص١٩٨،البيان ٧/ ٣٧٠، الروضة ٥/٢٥١.

[1] انظر/ الحاوي ٧/٤٠٤،المهذب ٢/٢٦٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥،فتح العزيز ٦/١٨٧،الروضة ٥/٢٥٠.

[2] انظر/ المهذب ٢/٢٦٦.

[3] وهو الأصح ،وهو اختيار أبي إسحاق والروياني والنووي .

انظر/ المهذب ٢/٢٦٦،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥،البيان ٧/٣٧٦،فتح العزيز ٦/١٧٩،الروضة ٥/٢٥٠.

[4] انظر/ المهذب ٢/٢٦٦،البيان ٧/٣٧٦.

[5] انظر/ المهذب ٢/٢٦٦.

[6] وهو الأصح عند الجويني والمتولي والرافعي .

انظر/ المهذب ٢/٢٦٦،البيان ٧/٣٧٦، البيان ٧/٣٧٦، فتح العزيز ٦/١٧٩،الروضة ٥/٢٥٠، مغني المحتاج ٢/٣٥٦.

[7] انظر/ المهذب ٢/٢٦٦،البيان ٧/٣٧٦.

[8] قوله (وعَقِب)بداية ٨/ل/١٦٥أ من ب.

على وجهين:

أحدهما:يلزمهم [1] ؛لأنّ البطن الأول تصرَّفوا حين كان لهم التَّصرُّف . [2]

ولأنّ الرجل إذا تصرَّف في ماله، فباع ،أو أجَّر ،ثم مات وانتقل إلى ورثته ،كان لازماً لهم. [3]

والثّاني:لا يلزمهم ذلك ،ويبطل العقد [4] ؛لأنّ البطن الأول عقدوا على منافع ليست لهم،والبطن الثاني ما ملكوا عنهم حتى يلزمهم تصرفهم،وإنّما ملكوا عن الوقف. [5]

---

[1] ذكره الشيخ أبو حامد ورجحه الماوردي ،وأبو إسحاق الشيرازي .

انظر/ الحاوي ٤٠٣/٧، المهذب ٢٦٦/٢، بحر المذهب ٩/ل ١٦٥، البيان ٣٧٥/٧،فتح العزيز ١٧٨/٦، الروضة ٢٤٩/٥،مغني المحتاج ٢٥٦/٢.

- فإذا استوفوا الأجرة استرجع من تركتهم أجرة ما بقي من المدة .

انظر/ الحاوي ٤٠٣/٧، البيان ٣٧٥/٧.

[2] انظر/ المهذب ٢٦٥/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٦٥،البيان ٣٧٥/٧.

[3] انظر/ المهذب ٢٦٥/٢، البيان ٣٧٥/٧.

[4] وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ،وهو الأصح قال الروياني : (وهو اختيار القاضي الطبري)بحر المذهب ٩/ل ١٦٧.

انظر/ الحاوي ٤٠٣/٧،المهذب ٢٦٦/٢،الوسيط ٢٠٤/٤،فتح العزيز ١٧٨/٦،الروضة ٢٤٩/٥،مغني المحتاج ٣٥٦/٢، نهاية المحتاج ٣١٨/٥.

[5] انظر/ الحاوي ٤٠٣/٧،المهذب ٢٦٦/٢،البيان ٣٧٥/٧.

- وعبارة الجمهور بالانفساخ وعدمه استبعدها الصيدلاني والإمام وطائفة ؛لأنّ الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد وجعلوا الخلاف في أنّا هل نتبين البطلان ؟؛لأنّا تبينا أنّ تصرف في غير ملكه .

انظر/ فتح العزيز ١٧٨/٦، الروضة ٢٤٩/٥.

ومن أصحابنا من خرَّج فيه طريقة أخرى فقال:إن أجره مدَّة يتيقَّن أنّ الصَّبيَّ يبلغ قبل مضيِّها ،مثل : أن تكون الأربع عشرة سنة فأجَّره سنتين،فإنّ العقد يبطل في السنة الثانية،وهل يبطل في الأولى ؟ على قولين بناءً على تفريق الصفقة. [1] [2]

وإن أجره مدة لا يتيقن بلوغه فيها قبل مضيها، مثل: أن يكون له عشرة سنين ،فأجَّره ثلاث، أو أربع سنين ،ثمّ بلغ الاحتلام ،فإن العقد يكون صحيحاً في جميع المدَّة لازماً له، [3] كما نقول في السيِّد إذا أعتق العبد بعد ما أجره /مدَّة فإنَّه يصحُّ ويلزمه العقد [4] ؛لأنّ عتقه يجوز في كلّ وقت، ولا يتعيَّن في وقت دون وقت.

٦/ل/١٦٧أ

---

[1] وقد تقدم القولان في ص٧٥٤-٧٥٥.

[2] وهذه طريقة الجمهور .

والطريق الثاني :القطع بالبطلان في الجميع ،وهو الأصح عند البغوي ،واختاره ابن الصباغ .

انظر/ التهذيب ص٢٠٤، فتح العزيز ٦/١٨٠،الروضة ٢٥٠،مغني المحتاج ٢/٣٥٦.

[3] وهو الأصح عند أبي إسحاق الشيرازي والروياني ،والنووي .

وفي وجه :لا تبقي الإجارة ،وهو الأصح عند الإمام والمتولي والرافعي .

انظر/ المهذب ٢/٢٦٦، فتح العزيز ٦/١٨٠،الروضة ٥/٢٥٠.

[4] كما تقدم ص٨٦٠.

فصل

إذا استأجر رجلاً ليبيع له ثوباً بعينه ،أو يشتري له ثوباً وصفه صحَّ ذلك. [1]

وقال أبو حنيفة:لا يصحُّ ؛ [2] لأنّ بيع الثوب بعينه وشراءه على الأوصاف التي ضبطت يتعذّر؛لأنّه ربَّما اتَّفق له من يشتري ذلك منه في اليوم الذي وكّله فيه،وربَّما لم يتفق له ذلك،وهكذا في الشِّراء ربَّما اتَّفق له من يبيعه ذلك، وربما لم يتَّفق ،فوجب أن لا يجوز كما لا يجوز استئجار الفحل للضِّراب [3] ،وعبَّر عنه بأنَّها منفعة لا يقدر على إيفائها بنفسه، [4] فأشبه ما ذكرناه [5] ،وكذلك إذا استأجره ليحمل حجراً لبرازين [6] بنفسه فإنّه لا يصح.

ودليلنا:

---

[1] وذكر ابن الصباغ أنّه إذا استأجر رجلاً ليبيع له ثوباً بعينه صحت الإجارة ،وإن استأجره ليشترى له ثوباً بعينه لم تصح ؛لأنَّ الظاهر في البيع أنّه يجد راغباً ،وأمَّا الشراء فلا يكون إلا من واحد وقد يبيع وقد لا يبيع ،فلا يمكن تحصيل العمل بحكم الظاهر ،وإن استأجره لشراء شيء،ووصفه،و لم يعينه جاز ،بلا خلاف بالمذهب .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٧،البيان ٢٩٢/٧،فتح العزيز ١٨٨٨/٦،الروضة ٢٥٧/٥.

[2] وتحرير مذهب الحنفية :أنّه لو استأجره للبيع والشراء و لم يبين المدة لم يجز ،ولو استأجره وبين المدة كأن يستأجره شهراً ليبيع له ويشتري له جاز .

انظر/ المبسوط ١٥/ ١١٥،تحفة الفقهاء ٣٨٥/٢، بدائع الصنائع ٣٢/٤.

[3] كما تقدم ص٢٤٧.

[4] انظر/ المبسوط ١١٥/١٥.

- و لم يجز أيضاً لجهالة العمل فالشراء قد يتم بكلمة واحدة ،وقد لا يتم بكلمات .

انظر/ المبسوط ١١٥/١٥، بدائع الصنائع ٣٢/٤.

[5] أي من استأجر الفحل للضراب.

[6] لم يتضح لي المعني .

أنّ كلّ عمل يجوز عقد الإجارة عليه إذا كان مقدَّراً بزمان جاز إذا كـــان مقـــدَّراً معلوماً في نفسه ،[1] أصله:إذا استأجره للخياطة ،فإنّه يجوز أن / يستأجره[2] مدَّة مقدَّرة ويجوز أن يعيَّن له عملاً فيستأجره ليخيط له ثوباً بعينه. [3]

ولأنّه عمل مباح معلوم مقدور عليه في الغالب فجاز عقد الإجارة عليه، أصله:مـــا ذكرنا.

فأمّا الجواب عمّا ذكروه فمن وجوه:

أحدها:أنّا لا نسلّم أنّه متعذّر؛لأنّ العادة أنّه مقدور عليه؛لأنّ من أراد شراء شـــيء دخل سوقه فحصله كما إذا أراد شراء الخبز والأُدُم [4] اشتراه من سوقه،ولا يجـــوز لأحد أن يقول:إنّ ذلك متعذر.

وأمّا عَسْب الفحل فقد ذكر ابن أبي هريرة [5] **فيه وجهين:**

أحدهما:لا يصح. [6]

والثاني:يصحُّ. [7]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٧.

[2] قوله (يستأجره) بداية ٨/ل/٦٥ ب من ب.

[3] كما تقدم ص٨٢١.

[4] الأُدُم : جمع أدام وهو ما يؤتدم به مائعاً كان أو جامداً وجمعه أدم مثل كتاب وكتب ،ويسكن للتخفيف فيعامل معاملة المفرد ، ويجمع على آدام مثل قفل وأقفال ،والأدم الجلد المدبوغ والجمع أُدَمٌ بفتحتين وبضمتين أيضاً ،وهو القياس مثل بريد بُرُد . المصباح المنير ص٤.

[5] تقدمت ترجمته في ص١٢٦.

[6] وهو الأصح .

انظر/ المهذب ٢٢٣/٢،البيان ٢٩٠/٧،الروضة ٣٩٨/٣.

[7] وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة .

انظر/ البيان ٢٩٠/٧.

والفرق بينهما أنّ هناك العقد على مائه وهو غير مقدور عليه ،وهاهنا العقد على العمل وهو مقدور عليه.

وهكذا حجر البرازين إنّما لم يصحُّ استئجاره ليحمله بنفسه؛لأنّ ذلك غير مقدور له ،وفي مسألتنا بخلافه.

فـــصـــل

يجوز استئجار الدَّفَاتر [1] سواء كانت قرآناً ،أو نحواً، أو شعراً، ما لم يكن فيـــها كفر. [2]

وقال أبو حنيفة:لا يجوز استئجارُها . [3]

واحتجَّ بأنّ ذلك استئجار عين للنظر المجرد ،وذلك لا يجوز، [4] كما إذا اســتأجر حائطاً مزوّقاً لينظر إليه. [5]

ودليلنا:أنّها منفعة مقصـــودة تجــوز إعارتهـــا، فجـــاز إجارتهـــا ،أصلـــه:ســائر المنافع،[6] ولأنّه إذا جاز استئجار الأواني لمنافع الدُّنيا، جاز استئجار الدَّفاتر لمنـــافع الدُّنيا والآخرة،وذلك أولى.

فأمَّا الجواب عما ذكره :فهو أنّه إن كان على الحائط نقش يريد أن يتعلَّمـــه جـــاز ذلك ،وكذلك إذا كان محكم العمل يريد أن يتعلَّمه جاز ذلك . [7]

فأمَّا إذا لم يكن عليه نقش،ولا يريد أن يتعلَّم منه شيئاً لم يصحّ، كمـــا لـــو كـــان الدَّفتر/ أبيض فاستأجره لينظر فيه [8] ،والله أعلم

٦/ل/٦٧ب

---

[1] الدَّفاتِر : جمع واحده الدَّفْتَرُ ، وهي الكَرارِيسُ.

انظر/ لسان العرب ٤/٢٨٩.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٧/٩،البيان ٧/٢٩٣،الروضة ٥/٢٥٦.

[3] انظر/ المبسوط ١٦ / ٣٦، بدائع الصنائع ٤/١٨.

[4] انظر المرجعين السابقين .

[5] و كذلك لو استأجر ظل حائط خارج بيت ليستظل به .

انظر/ بدائع الصنائع ٤/١٨.

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٧،البيان ٧/٢٩٣.

[7] انظر/ البيان ٧/٢٩٣.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٧.

بـــــاب تضمـــــين الأُجَـــرَاء

قال الشَّافعي رضي الله عنه: ((**والأُجَرَاءُ كُلُّهُمْ سَوَاءٌ، وَمَا يَتْلَفُ** [1] **فِــــي/ أَيْدِيهِمْ** [2]**مِنْ غَيْرِ جِنَايَتِهِمْ فَفِيهَا** [3]**وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ:**

أَحَدِهِمِا:الْضَّمَانُ؛لأَنَّهُ أَخَذَ الأَجْرَةَ . [4]

وَ [الْقَوْلُ] [5] **الآخَرُ:لا ضَمَانَ إلَّا بالْعُدْوَانِ** [6])).

وهذا كما قال.

إذا تلــــف الشـــــيء في يـــــد الصــــانع مثـــــل الحــــــائك، [7] والقصَّـــــار، [8] والصـــــــائغ، [1] والصباغ والخَّياط ونحوهم،فإنّه ينظر :-

---

[1] في المختصر المطبوع (وما تلف).

[2] قوله (أيديهم)بداية ٨/ل/٦٦أ من ب.

[3] في المختصر المطبوع (ففيه).

[4] في المختصر المطبوع (الأجر).

[5] [القول] زيادة من المختصر المطبوع .

[6] مختصر المزني ص ١٣٨، وتمام المسألة (قال المزني: هذا أولاهما به ؛لأنّه قطع بأن لا ضمان على الحجَّــام يأمره الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته، وقد قال الشافعي: إذا ألقوا عن هؤلاء الضمـــان لزمهم إلقاؤه عن الصُّنَّاع. وقال: ما علمت أني سألت واحداً منهم ففرق بينهما منـــهم. وروي عـــن عطاء أنه قال: لا ضمان على صانع ولا أجير. قال المزني: رحمه الله: ولا أعرف أحدًا من العلماء ضمن الراعي المنفرد بالأجرة، ولا فرق بينه عندي في القياس وبين المشترك، ولا أضمن الأجير في الحــانوت يحفظ ما فيه من البزِّ ويبيعه، والصانع بالأجرة عندي في القياس مثله.)

[7] حاكَ الثوبَ يَحِيكُ حَيْكاً و حَيَكاً و حِياكةً: نسجه، و الـــحياكةُ حرفته؛ قال الأزهري: هذا غلـــط، الـــحائِكُ يحُوك الثوب، وجمع الـــحائِك حَوَكَةٌ. و الـــحَيْك: النسج.

انظر/ لسان العرب ١٠/٤١٨،القاموس المحيط ص٨٤٥.

[8] القَصَّارُ و الـــمُقَصِّرُ: الـــمُـــحَوِّرُ للثـــياب لأنه يَدُقُّها بالقَصَرَةِ التـــي هي القِطْعَة من الـــخشب، وحرفته القِصارَةُ. و الـــمِقْصَرَة: خشبة القَصَّار.

=

فإن كان في ملك صاحب الشيء إمَّا في دكّانه ،أو في داره فلا ضمان على الأجير [2] ؛لأنّ الشيء إذا كان في ملك صاحبه فهو [3] في يده ،ولا يجب الضَّمان على غيره إلا بالتعدي. [4]

وإن لم يكن في ملك صاحبه ،ولكن كان حاضراً فهو في يده أيضاً [5] ، كما لو استأجر دابَّة فركبها وصاحبها معها فتلفت فلا ضمان؛ لأنّها في يده . [6]

وأمَّا إذا لم يكن صاحب الشيء معه، ولا في ملكه، بل انفرد به الصانع، فتلف في يده من

=

انظر/ لسان العرب ١٠٤/٥.

(١) رجل صائغٌ و صَوَّاغٌ و صَيَّاغٌ في لغة أهل الحجاز،والصِّيَاغَةُ بالكسر ،حِرْفَتُهُ.

انظر/ القاموس المحيط ص٧٠٦-٧٠٧، لسان العرب ٤٤٢/٨.

(٢) وهو المذهب ،وبه قطع الجمهور .

انظر/ الأم ٤٤/٤،الحاوي ٤٢٥/٧، التهذيب ص٢٦٢،بحر المذهب ٩/ل ١٩٥،البيان ٣٨٤/٧،فتح العزيز ١٤١/٦،الروضة ٢٢٨/٥.

- ونقل عن أبي سعيد الإصطخري ،وأبي علي الطبري طرد القولين الذي سيذكرهما المصنف .
- انظر/ فتح العزيز ١٤٩/٦،الروضة ٢٢٨/٥.

(٣) في ب (وهي).

(٤) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٥، البيان ٣٨٤/٧.

(٥) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٥، البيان ٣٨٤/٧،فتح العزيز ١٤٩/٦.

(٦) كما تقدم ص٧٦٨.

غير تعدٍّ منه ،مثل:إن طارت شرارة فأحرقته ،أو سُرِق

فهل يلزمه الضمان ؟ [1]

فيه قولان:

أحدهما:عليه الضَّمان [2] ،وبه قال مالك [3] ،وابن أبي ليلى [4] ، والشعبي . [5]

والثَّاني:لا ضمان عليه [6] ،وهو قول عطاء. [7]

---

[1] هذا الخلاف في الأجير المشترك -الذي سيبين المصنف صفته -وأصح الطرق فيه أنَّ فيه قولين ،وهما اللذَّان ذكرهما المصنف.

وفي طريق :لا يضمن قطعاً .

أمَّا الأجير المنفرد ففي حكم ضمان ما تلف عنده طريقان :

الأول :أنَّ فيه قولين أيضاً ،وعليه ،ملا فرق بينه وبين الأجير المشترك، وهو المنصوص ،وذلك لقول الشَّافعيُّ : (والأجراء كلُّهم سواء) وعليه سار المصنف كما سيأتي .

والثَّاني : أنَّ الأجير المنفرد ،لايضمن قولاً واحداً وقطع به جماعة .

وانظر/ الحاوي ٤٢٦/٧،المهذب ٢٦٧/٦-٢٦٨، الوسيط ١٨٨/٤-١٨٩،بحر المذهب ٩/ل ١٩٥،البيان ٣٨٤/٧-٣٨٥،فتح العزيز ١٤٧/٦-١٤٨،الروضة ٢٢٨/٥.

[2] انظر/ الحاوي ٤٢٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٩٥،البيان ٣٨٤/٧،الروضة ٢٢٨/٥.

[3] انظر/ الكافي لابن عبد البر ص٣٧٥، حاشية الدسوقي ٣٧٥/٥-٣٧٦،الفواكه الدواني ١١٧/٢.

[4] تقدمت ترجمته في ص٢٨٤.

وانظر قوله في مصنف عبد الرزاق ٢١٨/٨، الحاوي ٤٢٦/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٩٦، المحلى ٢٠٢/٨،البيان ٣٨٤/٧،المبسوط ٨١/١٥.

[5] تقدمت ترجمته في ص٣٣٩.

وانظر قوله في مصنف عبد الرزاق ٢١٧/٨، المحلى ٢٠١/٨-٢٠٢.

[6] وهو أظهر القولين .

انظر/ فتح العزيز ١٤٧/٦،الروضة ٢٢٨/٥.

[7] تقدمت ترجمته في ص٢٩٢.

وانظر قوله في اختلاف العراقيين :/٤٦ ،سنن البيهقي ١٢٢/٦، البيان ٣٨٥/٧.

وقال أبو حنيفة:إن تلف بفعله مثل إن دقَّه دقَّ مثله فتلف ،فعليه الضمان، وهو بمنزلة تعدٍّ منه .[1]

وإن تلف بغير فعله ،مثل:أن تطير شرارة فتحرقه، أو يُسرق فلا ضمان عليه. [2]

قال الربيع: رحمه الله [3] كان الشَّافعي يعتقد أنَّه لا ضمان على الصانع ،وما كان يبوح بذلك لفسادهم .[4]

فإذا قلنا: عليه الضمان **فوجهه**:

ما رُوِي عن النَّبي ﷺ **أنَّه قال**: ((**على اليد ما أخذت حتى تؤدِّيه**)). [5]

وعن عليٍّ كرم الله وجهه [6] أنَّه كان يُضِّمن الصُّناع،ويقول: ((لا يصلح للنَّاس إلا ذلك)) .[1]

---

[1] في ب (تعديه).

[2] وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن أنَّه إن تلف بسبب يمكن الاحتراز منه كالسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه ،بخلاف ما لا يمكن الاحتراز منه كالحريق فإنَّه لا يضمنه ،كما سيذكره المصنف ص
انظر/ تحفة الفقهاء ٣٥٣/٢،تكملة فتح القدير ١٢٢/٩،بدائع الصنائع ٧٢/٤.

[3] تقدمت ترجمته في ص٣٩٢.

[4] ونص ما في اختلاف العراقيين (قال الربيع الذي يذهب إليه الشَّافعيُّ فيما رأيته أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم ،و لم يكن يبوح ذلك خوفاً من الصناع) .٤٦/٤.

[5] تقدم تخريجه ص٩٠.

[6] وهذه العبارة من صنع النساخ قال ابن كثير في تفسيره (قلت وقد غلب هذا في عبارة كثير من النساخ للكتب أن يفرد علي رضي الله عنه بأن يقال عليه السلام من دون سائر الصحابة أو كرم الله وجهه وهذا وإن كان معناه صحيحاً لكن ينبغي أن يسوى بين الصحابة في ذلك، فإن هذا من باب التعظيم والتكريم فالشيخان وأمير المؤمنين عثمان أولى بذلك منه رضي الله عنهم أجمعين)٤٩٥/٣.
و انظر/ معجم المناهي اللفظية ص٤٥٤.

ولأنّه قبضه لمنفعة نفسه، فأشبه العارية .[2]

وإذا قلنا:لا ضمان عليه **فوجهه:**

أنّه مقبوض بعقد إجارة، فوجب أن لا يتعلّق به الضّمان إذا تلف بغير تعدٍّ،أصله:إذا استأجر بهيمة وتسلّمها فتلفت .[3]

ولأنّ الأجير مأذون له في العمل، فلا تضمين إلا بالمخالفة كالوكيل.

ولأنّه مقبوض لمنفعة مشتركة ،فأشبه مال المضاربة. [4]

فأمّا الجواب/ عن الخبر [5]فهو:أنّه المراد به المغصوب ،والمأخوذ بغير إذن صاحبه. [6]

=

[1] أخرجه الشّافعيُّ من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن علي في اختلاف العراقيين ٤/٤٦، قال الشّافعيُّ: (وقد يروى من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه ضمن الغسَّال والصَّباغ وقال :لا يصلح النّاس إلا ذلك).

قال ابن كثير في إرشاد الفقيه بعد ذكره كلام الشافعي : (كأنّه يشير إلى انقطاعه ،والظاهر :أنّه صحيح عنه ؛لأنّه قد رواه قتادة عن خِلَاس عن علي، رواه جابر الجُعْفي عن الشَّعْبي عن علي ،وهذه طرق يعضد بعضها بعضاً) ٢/٨٢.

وأخرجه البيهقي في كتاب الإجارة باب ما جاء في تضمين الأجراء ٦/١٢٢،وقال (حديث جعفر عن أبيه عن علي مرسل ،وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن علي وقد روى جابر الجعفي وهو ضعيف عن الشعبي قال كان علي يضمن الأجير).

وابن حزم في المحلّى من طريق ابن أبي شيبة ،وصححه . ٨/٢٠٢.

وضعفه الحافظ في التلخيص ٣/٦١.

وقال في الدراية : (وهذه الطرق يقوي بعضها بعضاً)٢/١٩٠.و انظر/ نصب الراية ٤/١٤١

[2] انظر/ الحاوي ٧/٤٢٦، بحر المذهب ٩/ل ١٩٥، البيان ٧/٣٨٤.

[3] انظر/ الوسيط ٤/١٨٨، البيان ٧/٣٨٥، فتح العزيز ٦/١٤٨.

[4] انظر/ الحاوي ٧/٤٢٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٥.

[5] قوله (عن الخبر) بداية ٨/ل/٦٠ب من ب.

[6] كما تقدم في كتاب الغصب ص٩٠-٩١.

وأمَّا خبر عليٍّ رضي الله عنه فقد رُوي عنه خلافه وأنّه قال ((لا ضمان عليهم)).[1]

وأمَّا القياس: فإنّه منتقض بالبهيمة المستأجرة ،وبه إذا كان يعمله في بيت صاحبه ،أو بحضرته.[2]

ثمَّ المعنى في الأصل:[3] أنّه انفرد بمنفعته فلزمه الضمان، وهاهنا اشتركا في منفعته فلم يضمن.

---

(1) أخرجه الشّافعيُّ في اختلاق العراقيين ٤٦/٤ وقال : (وقد روى عن علي بن أبي طالب أنه كان لا يضمن أحداً من الأجراء من وجه لا يثبت مثله).

وأخرجه البيهقي في كتاب الإجارة ، باب تضمين الأجراء ١٢٢/٦. وقال (وقد روي عن علي من وجه آخر أنه كان لا يضمن أحداً من الأجراء من وجه لا يثبت مثله).

(2) كما تقدم أنّه لايضمن ص٧٦٨ .

(3) وهو العارية .

فــــصــــل

اختار المزني رحمه الله [أنّ لا الضمان][1] عليه فقال: ((**وهذا أولى بـــه**)) [2]
يعني:لا ضمان.

واحتجّ بثلاثة أشياء / قال أصحابنا رحمهم الله :لا حجة له فيها. [3]

٦/ل

وهي أنّه قال:قد قطع [4] بأن [5] لا ضمان على الحجام ،ولا ضمان على مـــن يكتريه الرجل ليحفظ دكانه ،ولا ضمان على الراعي يرعى الغنم،قـــال:ولا فـــرق عندي بينه في القياس. [6]

فأمّا الحجّام فإنّه ينظر :

فإن كان المحجوم حراً فإنّه لا ضمان ؛لأنّه لا يُضَمن بـــاليد ،ولا يلزمــه ضمـــان الجناية؛لأنّه قد أذن له في ذلك ،فلا يلزمه ضمان ،كما لو أذن له في قطع يده فقطعها فتلف ،فإنّ الضّمان لا يلزمه .[7]

وأمّا إن كان المحجوم مملوكاً: فإنّه إن كان في ملك صاحبه، أو بحضرته فهو في يـــده ولا ضمان [8]،وإن كان في ملك الأجير في غيبة صاحبه ففيـــه القـــولان [9]،وهـــو مسألتنا.

---

[1] في أ (أنّ الضمان عليه) والمثبت من ب وهو الصواب .
[2] مختصر المزني ص ١٣٨.
[3] انظر/ الحاوي ٤٢٧/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٦.
[4] أي الشّافعيُّ .
[5] في ب (بأنه)
[6] مختصر المزني ص ١٣٨.
[7] انظر/ الحاوي ٤٢٧/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٦،البيان ٣٨٦/٧،فتح العزيز ١٤٩/٦، الروضة ٢٢٩/٥.
[8] انظر/ الحاوي ٤٢٧/٧،التهذيب ص٢٦٢،بحر المذهب ٩/ل ١٩٦.
[9] المتقدمان في ص٨٧٠.
لأنّه صار أجيراً مشتركاً .

=

وأمَّا إذا استأجره لحفظ متاعه فلا ضمان عليه [1]؛لأنّــه في ملــك صاحبــه فــهو في يده. [2]

وأمَّا الرَّاعي: فإن كان في ملك صاحبها يرعاها، أو موضع استأجره، أو عيَّنه له مــن مَوَاتٍ [3]،أو غيره ،أو موضع استعاره له فلا ضمان عليه [4] ؛لأنّه في يده،وإن كــان أطلق :[فقال] [5] ارعها كيف شئت ؛ففيه قولان [6] ،ولا حجَّة له في ذلك.

=

انظر/ الحاوي ٤٢٧/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٦،البيان ٣٨٦/٧،فتح العزيز ١٤٩/٦.

- والمذهب :أنّه لا ضمان مطلقاً إذا لم يفرط ٢٢٩/٥.

[1] انظر/ الحاوي ٤٢٧/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٦، البيان ٣٨٦/٧،الروضة ٢٢٩/٥.

[2] انظر المراجع السابقة .

[3] المَوَات: المَوَات :-بفتح الميم والواو -هي الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد ،وقيل:حد المــوات عند الشّافعيُّ ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر قرب من العامر ،أو بعد.

انظر/تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٣١، الإقناع ٣٥٦/٢،مغني المحتاج ٣٦١/٢.

[4] انظر/ الإشراف لابن المنذر ٢٣٨/١، الحاوي ٤٢٧/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٦،البيان ٣٨٦/٧.

[5] [فقال] ساقطة من أ.

[6] المتقدمان في ص٨٧٠.

فـــــصـــل

فأمّا الأجير المنفرد: الذي جرى في كلام المزني رحمه الله فهو :الذي يستأجره مـــدَّة معلومة ،لخياطة أو غيرها من الأعمال، ويسمَّى الأجير الخاص . [1]

وإنّما لقب بذلك من حيث المعنى، فيستحقُّ المستأجر منافعه وعمله تلك المـــدَّة،ولا يجوز أن يعمل فيها لغيره.

وأمّا / المشترك [2]:فهو الذي يكري نفسه لعمل مقدَّر في نفسه.

ولقب مشتركاً ؛لأنّ له أن يتقبَّل بما شاء من الأعمال ويعمله بنفسه ،ويستأجر مـــن يعمل له.

ومعناهما واحد في باب الضَّمان ؛ [3] فكلُّ ما حصل في يد ربِّه ويجب عملـــه، فـــلا ضمان عليه إلا بالتعدِّي .

وإن كان يجب عمله في يده دون يد ربِّه ففيه قولان [4] إلا أن يتعدَّى فيضمن قـولاً واحداً . [5]

ولا فرق بين الأجير المنفرد والمشترك ،[6]إلا أنّ عمل المنفرد يُستَحقُّ في زمان بعينـــه، فإذا مضى انفسخ العقد، وعمل المشترك لا يتعلّق بزمان بعينه. [7]

---

[1] وقد تقدم ذكر الخلاف في تعريف الأجير المنفرد ص٥٤١.

[2] قوله (المشترك) بداية ٨/ل/٦٧ من ب.

[3] وهذا على تعريف المؤلف للأجير المشترك ،وأمّا إذا قلنا إنّ الأجير المشترك هو الذي يتقبل العمل في ذمته ،فهناك فرق بينه وبين الأجير المنفرد ، وقد تقدم في ص٥٤١.

[4] تقدما في ص٨٧٠.

[5] انظر/ الحاوي ٣٢٦/٧،التهذيب ص٢٦٢، البيان ٣٨٦/٧.

[6] وقد تقدم ذكر الفرق بينهما ص٨٧٠.

[7] وهذا بناء على تعريف المؤلف للأجير المنفرد والمشترك.

فصل

قد حكينا عن أبي حنيفة أنّه قال: لا يضمن الأجير المشترك إلا إذا تلف الشيء بفعله، وإن كان مأذوناً فيه مثل: إن دقّه دقّ مثله، أو عصره عصر مثله، فتلف فإن عليه الضمان. [1]

وأمّا الأجير المنفرد: فلا ضمان عليه إلا بالتعدِّي . [2]

واحتجَّ من نصره:

بأنّ العمل مضمون على الأجير المشترك؛ بدلالة أنّه لا تستقرُّ له الأجرة في مقابلته إلا بالفراغ منه، فإذا كان مضموناً فما يتولّد منه يجب أن يكون مضموناً؛ [3] كما إذا دفعه في بئر، أو جرحه، فإنّ سرايته مضمونة، كما أنّ الفعل مضمون.

وأيضاً فإنّه لا يكون ذلك [4] إلا بالتعدِّي/؛ لأنّه لو فعل فِعل مثله لم يتلف، وإنّما يحصل ذلك من الاعتماد والتحامل.

٦/ل٦٨

ودليلنا:

ما رُوِي عن النّبي ﷺ قال: **((لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا عن طِيب نفس منه))** . [5]

ولأنّ ما لا يكون مضموناً على الأجير المنفرد لم يكن مضموناً على الأجير المشترك، كما إذا تلف بغير فعله، مثل إن طارت عليه شرارة فاحترق. [6]

---

[1] كما تقدم ص٨٧١.

[2] انظر/ مختصر الطحاوي ص١٣٠، المبسوط ٨١/١٥، بدائع الصنائع ٧٤/٤، الهداية مع تكملة فتح القديسر ١٢٩/٩.

[3] وبنحوه في تكملة فتح القدير ١٢٥/٩.

[4] أي التلف .

[5] وقد تقدم تخريجه في ص٨٨.

[6] فإنّه لا يضمن سواء أكان الأجير مشتركاً أم منفرداً؛ لأنه تلف بغير تعدٍّ منه .

=

فإن قيل:لا يجوز اعتبار المنفرد بالمشترك؛لأنّ العمل مضمون على المشترك، كما بيَّنَّـله وغـير مضمـون علـى المنفـرد ؛لأنّـه يسـتحق الأجـرة وإن لم يسلّم العمل.

فالجواب : أنّه لا فرق بينهما؛ [1] فإنّ الأجير المشترك لا يستحقُّ الأجرة إلا بتسليم العمل، ولو بذل العمل ، ومكّن من نفسه ،و لم يستعمله المُسْتَأجِر استقرَّت الأجرة. [2]

وكذلك الأجير المنفرد إذا لم يعمل لم يستحقَّ الأجـرة ، وإذا عمـل / استحقَّ الأجرة[3] بتسليم العمل [4] ؛لأنّه يحصل التسليم جزءاً فجُزءاً . [5]

فإنّمـا يفترقـان،المقـدر [6] إذا مضـى مـن غـير عمـل بطـل العقـد؛لأنّ المعقـود عليـه قـد أتلـف، والمشـترك عملـه غـير مقـدَّر بزمـان، فلـم يبطـل بمضيّـه،[7]وهـذا الفرق لا يوجب الفرق في الضّمان.

=

انظر/ الحاوي ٤٢٦/٧،تكملة فتح القدير ١٢٢/٩

[1] وقد تقدم في ص ٨٧٢، أنّ الصحيح عند الشّافعيُّة وجود الفرق بينهما .

[2] من قوله (استقرَّت الأجرة... إلى ...قوله .. لم يستحق الأجرة).ساقط من ب.

[3] قوله (استحقَّ الأجرة)بداية٨/ل/٦٧ ب من ب.

[4] انظر/ التهذيب ص٢٥٦.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٦.

[6] كذا في المخطوط ولعل الصواب (في المقدر)

[7] كما تقدم في ص٨٧٦.

ولأنّه يبطل به إذا استأجره ليحجم غلامه أو يبطر[1] دابته، ففعل فتلف الغلام، أو الدابَّة فلا ضمان،وإن كان منفرداً .[2]

فإن قيل:ذلك التلف من فعل الله تعالى.

فالجواب: أنّه لو كان يوجب الضمان لوجب إذا وجد السَّبب من جهته ،كما إذا جرحه فسرى إلى نفسه فمات، وجب الضمان؛لأنّ السَّبب من جهته ،وإن كان الموت من فعل الله تعالى.

وأيضاً فإنّه عمل لغيره عملاً في ماله بإذنه، وهو من أهل الإذن، فلم يتعلَّق به الضَّمان أصله:الحاجم والمُبَيْطر .[3]

فأمَّا الجواب عن دليلهم الأول: فهو أنّ قولهم: (مضمون) لا يصحُّ؛لأنّ المضمون ما يلزمه ضمانه ،كالمغصوب[4] ، وما أشبهه.

---

[1] بَطَرَ الشيءَ يَبْطُرُه و يَبْطِرُه بَطْراً، فهو مبطور و بطير: شقه. و البَطْرُ: الشَّقُّ؛ وبه سمي البَيْطارُ بَيْطاراً و البَطِيرُ و البَيْطَرُ و البَيْطار و البِيَطْرُ، مثل هِزَبْرٍ، و المُبَيْطِرُ، مُعالجُ الدوابّ ،وصنعته البَيْطَرَةُ .

انظر/ لسان العرب ٤/٦٩، القاموس المحيط ص٣١٧.

[2] وهذا عند الحنفية ؛لأنّه لايمكن التحرز عن السراية ؛لأنّ السراية تنبني في الغلام والدابة على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم ،فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ،وليس كذلك دقّ الثوب ونحوه ؛ لأنّ قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد .

انظر/ الهداية شرح البداية ٩/١٢٧-١٢٨، بدائع الصنائع ٤/٧٤.

[3] كما تقدم قبل أسطر.

[4] كما تقدم في كتاب الغصب ص٨٩.

وإن أرادوا به أنّه يجب له الأجرة في مقابلته لم يصحَّ في الأصل [1] ؛لأنّ من جرح رجلاً ،أو دفعه في بئر لم يستحقَّ الأجرة.

ثم ينتقض بالمنفرد . [2]

وكذلك إن أرادوا أنّه يجب عليه أن يفعله .

وأمَّا قولهم :((إنَّه لا يحصل إلا بالتعدِّي)) فهو أنّه ينتقض بمن استعان برجل في دقِّ ثوبه فتلف. [3]

ولأنّه قد يكون ذلك لعتق[4]كان فيه لا يعلم به صاحبه ولا صانعه.

---

[1] أي الأصل المقيس عليه ،حيث قاسوا الأجير المشترك على من دفع رجلاً أو جرحه .كما تقدم في ص٨٧٧.

[2] إذ أنَّ عمله مضمون بالأجرة ،ولا يضمن عند الحنفية ما تلف إذا لم يتعد كما تقدم .

[3] كما تقدم عند أبي حنيفة فإنَّه يضمن .

[4] أي لِقِدَمِه.

انظر/ القاموس المحيط ص٨١٦.

فصل

فأمَّا أبو يوسف [1] ومحمد [2] فإنّهما قالا: إن أُتْلِف بأمر ظاهر لا يمكن دفعه، مثل حريق غالب، أو نهب قاهر فلا ضمان عليه، وإن تلف بما يمكن دفعه فعليه الضَّمان . [3]

وهذا خطأ؛ لأنّ من لا يضمن إذا كان التلف بأمر غالب لم يضمنه إذا كان بخلافه كالمودَع . [4]

---

(1) تقدمت ترجمته ص١٦٠

(2) تقدمت ترجمته ص١٧٩

(3) كما تقدم ص٨٧١.

(4) إذ أن المودَع لا يضمن إذا لم يتعد ، سواء أكان التلف بأمر غالب أم لا، كما تقدم ص١١٣.

فصل

إذا تلفت العين التي استؤجر للعمل فيها فالكلام في فصلين:في الأجرة،والضَّمان./

فأمَّا الأجرة :

فإن كان استدعى الأجير إلى داره، أو دكّانه ،أو كان حضر والأجير بين يديه يعمل فتلف، فإنَّ الأجرة تلزمه؛[1]لأنّه يصير مقبوضاً له بذلك فلزمته الأجرة،[2] /ولا تسقط [3]بتلف المال؛لأنّه في يده فيصير مسلَّماً جزءاً فجزءاً .[4]

وأمَّا إذا حمله الصانع إلى ملكه و لم يحضر صاحبه، وتلف قبل التَّسليم لم يستحقَّ الأجرة؛[5]لأنّ الأجرة بمنزلة الثمن ،فإذا لم يسلّم العمل لم يستحقَّ الأجرة ،كما إذا لم يسلّم المثمن لم يستحقّ الثّمن.

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢٦٨،التنبيه ص١٢٥، بحر المذهب ٩/ل ١٩٦، البيان ٧/٣٨٨، الروضة ٥/٢٣١.

[2] انظر/ المهذب ٢/٢٦٨،البيان ٧/٣٨٨.

[3] قوله (ولا تسقط) بداية ٨/ل/٦٨أ من ب.

[4] انظر/ المهذب ٢/٢٦٨،بحر المذهب ٩/ل ١٩٦.

[5] إن كان العمل في ملك الأجير ،والمستأجر غير مشاهد له ففي استحقاقه الأجرة خلاف للشافعية :
فقال أبو إسحاق :إن قلنا :إنَّه أمين لم يستحق الأجرة،لأنّه لم يسلم العمل،وإن قلنا :إنَّه ضامن استحق عليه الأجرة ؛لأنّه يقوَّم عليه معمولاً ،فيصير بالتضمين مسلّماً للعمل ،فاستحق الأجرة .
وقال الشيخ أبو حامد وابن الصبَّاغ : لا يستحق الأجير الأجرة على القولين ،وإن كان أخذ الأجرة ردّها ؛لأنَّ الأجرة إنَّما تستقر له بتسليم العمل، و لم يسلم له شيئاً من العمل .البيان ٧/٣٨٨.
انظر/ المهذب ٢/٢٦٨، بحر المذهب ٩/ل ١٩٦، فتح العزيز ٩/١٥٢.

وأمَّا الضَّمان :

فإن قلنا: عليه الضَّمان فحكمه حكم العاريَّة ،والمأخوذ على وجه السَّـــوم [1] ،وقـــد ذكرناهما في موضعهما . [2]

وإن قلنا: لا ضمان ،فإن تلف بغير تعدٍّ منه،ولا خيانة فلا ضمان . [3]

وإن تلف بجناية، فعليه قيمته يوم التلف . [4]

وإن تعدَّى مثل إن استعمله يوم تلف في يده، فعليه ضمانه أكثر ما كانت قيمته من حـــين التَّعدِّي إلى التلف . [5]

---

[1] السوم :مصدر سام البائع السلعة من باب قال عرضها للبيع ،وسامها المشتري واستامها طلب بيعـــها . المصباح المنير ص١١٢.

[2] وفي مقدار ضمانهما وجهان :

١-أنَّه يضمن أقصى قيمته من يوم القبض إلى التلف ،وهو اختيار أبي حامد .

٢- أنَّه يضمن قيمتها يوم التلف ،وهو الأصح .

انظر/ المهذب ٢٦٧/٢،التنبيه ص١١٣،بحر المذهب ٩/ل ١٩٦، البيان ٣٨٧/٧،الروضة ٢٢٨/٥.

[3] لأنَّه غير متعدٍّ فلا يضمن .

انظر/ التهذيب ص٢٦٦.

[4] انظر/ الروضة ٢٢٩/٥.

[5] انظر/ المهذب ٢٦٧/٢،الروضة ٢٢٩/٥.

فـــــرع

ذكر أبو العباس بن القاص رحمه الله [1] [أنّه] [2] إذا استأجره ليحجم حراً ،أو عبداً ويعلّمه صنعة فتلف فلا ضمان إن كان حرّاً [3]؛لأنّ اليد لا تثبت.

وإن كان عبداً– وهو في يد صاحبه –فلا ضمان عليه أيضاً إلا بالتّعدّي ،وإن لم يكن في يده فالمسألة على قولين [4] .

وذكر أيضاً أنّه إذا استأجره لحمل شيء ونقله فلا ضمان عليه [5] ،وهذه المسالة مثـــــل الأولى إن كان في يد صاحبه فلا ضمان،وإن لم يكن في يده فعلى قولين.

وهذا كلُّه يترتَّب على الأصل الذي قرَّرناه. [6]

---

[1] تقدم ترجمته في ص١٧٥.

[2] [أنّه]ساقط من أ.

[3] إن كان حرّاً ...إلى قوله .. فلا ضمان. ساقط من ب.

[4] ص٨٧٠.

[5] ذكره في كتابه التلخيص ص٤١٤ .

[6] في ص٨٦٩-٨٧٠.

[١٣٤] مسألة

قال الشّافعي رحمه الله : ((وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَخْبِزُ لَهُ خُبْزاً [مَعْلُوماً] [١] فِي تَنُّورٍ [٢] ،أو فُرْنٍ فَاحْتَرَقَ .. الفصل إلى آخره [٣])).

وهذا كما قال.

إذا استأجره لخَبْز [٤] خُبزٍ في تَنّور، أو فُرْن فاحترق فإن كان ذلك[بتفريط من جهته][٥]؛لأنّ الوقت لم يصلح لاستيقاد التنور وحِمَاه فعليه الضمان. [٦]

وإن لم يكن من جهته تفريط وكان صاحبه حاضراً فلا ضمان عليه . [٧]

وإن لم يكن حاضراً فعلى القولين، [٨] والله أعلم

---

[١][معلوماً] زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٨ .

[٢]التَّنُّورُ :الذي يخبز فيه،وافقت فيه لغة العرب لغة العجم ،وقال أبو حاتم ليس بعربي صحيح ،والجمع التنانير انظر/ المصباح المنير ص٣٠.

[٣] مختصر المزني ص١٣٨،وتمام المسألة (فإن كان خبزه في حال لا يخبز في مثلها لاستعار التنور، أو شدة حموه، أو تركه تركاً لا يجوز في مثله فهو ضامن، وإن كان ما فعل صلاحًا لمثله لم يضمِّن عند من لا يضمن الأجير).

[٤] في ب (لخبيز).

(٥)[بتفريط من جهته] ساقط من أ.

[٦] انظر/ الحاوي ٤٢٧/٧-٤٢٨،بحر المذهب ٩/ل ١٩٦،البيان ٣٨٤/٧،الروضة ٢٢٨/٥.

[٧] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٦،البيان ٣٨٤/٧.

[٨] المتقدمين ص٨٧٠.

[١٣٥] مســــــألــة

((وَإنْ اكْتَرَى دَابَّةً فَضَرَبَهَا، أَوْ كَبَحَهَا باللِّجَامِ [١] فَمَاتَتْ ،فَإنْ كَانَ فَعَلَ [٢]مِنْ ذَلَكَ مَا يَفْعَلُهُ الْعَامَّةُ فَلا شَيْءَ عَلَيهِ،وإنْ فَعَلَ مَا لَا يَفْعَلَهُ [٣]الْعَامَّةُ ضَمِنَ [٤])).

وهذا كما قال.

هذه المسألة من باب الإجارة ،وليست من الأُجَراء . [٥]

إذا استأجر / دابَّة [٦]فركبها وضربها ضرباً لم تجر به العادة فماتت ،فعليه الضَّمــــــان،وإن كان مما جرت به العادة فلا ضمان عليه. [٧] .

وقال أبو حنيفة:عليه الضَّمان . [٨]

واحتجَّ مَن نصره:

---

[١]كَبَح : الكَبْحُ: كَبْحُكَ الدابةَ باللِّجام. كَبَحَ الدابة يَكْبَحُها كَبْحاً من باب نفع و أكْبَحَــها، جذبهــا إلـــيه باللّجام وضرب فاها به كي تَقِفَ ولا تــجري. يقال: أَكْمَحْتها وأَكْفَحْتها و كَبَحْتُها.

انظر/ لسان العرب ٥٦٨/٢،المصباح المنير ص١٩٩.

[٢] في المختصر المطبوع (ما فعل).

[٣] في المختصر المطبوع (ما لا يفعل) .

[٤] مختصر المزني ص ١٣٨.

[٥] وإنَّما ذكرها هاهنا ليبين الفرق بين الأجير إذا أتلف الشيء في يده وبين المستـــأجر إذا تلف المؤجَّــر في يده، فبين أن المستأجر لا يضمن باليد قولاً واحداً ،وإنَّما يضمن بالتعدي .بحر المذهب ٩/ل ١٩٨.

[٦] قوله (دابَّة) بداية ٨/ل/٦٨ب من ب.

[٧] انظر/ الأم ٤٢/٤-٤٣،الإشراف، لابن المنذر ٢١٣/١-٢١٤،المـــهذب ٢٦٦/٢،بحــر المذهــب ٩/ل ١٩٨،حلية العلماء ٥/ ٤٤٧،رحمة الأمة ص٣٤٨،تكملة المجموع للمطيعي ٥٦٩/١٣.

[٨] إذا ضرب المستأجر الدابة المستأجرة أو كبحها باللجام فعطبت فهو ضامن إلا إذا أذن له صاحبـــها في ذلك فإنَّه لا يضمن وهذا قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن :نستحسن أن لا نضمنه إذا لم يتعدَّ في الضرب المعتاد والكبح المعتاد .

انظر/ المبسوط ١٧٤/١٥، الهداية مع شرحها تكملة فتح القدير ٨٦/٩،بدائع الصنائع ٧٦/٤،البحر الرائــق ٣٠٩/٧.

بأنّه عقد على منفعة فتعلّق الضّمان بالضّرب لاستيفاء المنفعة ،كـالزّوج إذا ضـرب زوجته .[1]

ودليلنا:

أنّ المُستَأجَر قد تلف بما تضمّنـه عقـد الإجـارة ،فوجـب أن لا يجـب عليـه الضّمان؛أصله:إذا تلف تحته/ من الركوب والحمل،وبيان ذلـك:أن العقـد يتنـاول استيفاء المنفعة ،ولا يمكن استيفاؤها من البهيمة إلا بالضّرب، فصار ذلك من متضمّـن العقد.[2]

٦/ل/٦٩ب

ولأنّه لم يخرج به عن العرف والعادة ،فلم يضمن به المستأجر [3] ،كما إذا جعـل عليها الإكاف والسَّرْج.

فأمّا الجواب عن دليلهم فهو:أنّ الزّوجة يمكن زجرها بالكلام ،فأغنى عن الضـرب، فكذلك إذا عدل إلى الضرب ضمن،[4]ويفارق البهيمة، فإنّه لا يمكـن زجرهـا [5] بالكلام، ولا يمكن استيفاء المعقود عليه إلا بما حصل من الضّرب. [6]

---

[1] ودليل الحنفية : أنّ كل واحد منهما من الضرب والكبح غير مأذون فيه؛ لأنّ العقد لا يوجـب الإذن بذلك؛ لإمكان استيفاء المنافع بدونه ، فصار كما لو كان ذلك من أجنبي ،على أنّا إن سلّمنا أنّه مأذون فيه لكنه مقيَّد بشرط السلامة ؛لأنه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيراً فيه فأشبه ضربه لزوجته.بدائع الصنائع ٤/٧٦، و انظر/ المبسوط ١٥/١٧٤.

– قال في البحر الرائق (والزّوج إذا ضرب زوجته حيث تضرب للتأديب مثل ما تضرب حال نشـوزها يضمن بالإجماع)٨/٣٩٢.

[2] انظر/ الحاوي ٧/٤٢٩.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٨،البيان ٧/٣٥٢.

[4] انظر/ حاشية البجيرمي ٣/١٨٢.

–إذا ضرب الزوج زوجته في غير حد فأدّى إلى الهلاك ضمن .

انظر/ التنبيه ص٢٢٠،الروضة ١٠/١٧٥.

[5] في ب (رجوعها بالزجر)

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٨،الروضة ٥/٢٣٢.

فإن قيل:فَلِمَ جوَّزتم له ضرب الزَّوجة إذا كان يمكن أدها بغيره ؟.

قيل له:إنَّما جوزنا بشرط الضمان [1] كما جوزنا له إخراج الرَّوْشَن [2] والجناح بشرط الضمان. [3]

---

[1] انظر المرجعين السابقين .

[2] الرَّوْشَنُ: الرَّفُّ، الكُوَّة.

انظر/ لسان العرب ١٣/١٨١.،القاموس المحيط ص١٠٨٢.

[3] انظر/ مغني المحتاج ٢/١٨١،إعانة الطالبين ٣/٨٤.

[١٣٦] مسألة

قال رحمه الله : ((فأمَّا الرُّوَّاضُ [١] فَإِنَّ شَأْنَهُمْ اسْتِصْلاحُ الدَّوَابِّ..إلى آخر الفصل [٢])).

وهذا كما قال.

[يضرب] [٣] الرُّوَّاض البهيمة أكثر من ضرب الراكب لها؛لأنَّها صعبة فلا يمكن قهرها إلا بذلك. [٤]

فإذا ضربها الرائض فماتت ،فإن كان ضربه إيَّاها خارجاً عن العادة فعليه الضَّمان [٥] ؛لأنَّه تعدَّى في ذلك.

فإن كانت في يد صاحبها فلا ضمان عليه، [٦] وإن لم تكن في يده فعلى قولين على ما تقدَّم. [٧]

---

[١]راضَ الدابَّة يَرُوضُها رَوْضاً و رياضةً: وطَّأها وذلَّلها أو عَلَّمها السيْر، و رُضْتُ المُهْرَ أرُوضُه رياضاً و رياضةً، فهو مَرُوضٌ، وناقةٌ مَرُوضةٌ، وقد ارْتاضَتْ، وكذلك رَوَّضْتُهُ شُدِّدَ للمبالغة، ورجل رائِضٌ من قوم راضةٍ و رُوَّضٍ ،وقوم رُوَّاضٌ ،و رَاضَةٌ .

انظر/ لسان العرب ١٦٣/٧-١٦٤،المصباح المنير ص٩٤. .

[٢] مختصر المزني ص ١٣٨ وتمامه (وحملها على السير والحمل عليها بالضرب على أكثر مما يفعل الراكب غيرهم، فإن فعل من ذلك ما يراه الرواض صلاحاً بلا إعنات بين لم يضمن، فإن فعل خلاف ذلك فهو متعد وضمن.)

[٣] في أ (يضربون) والمثبت من ب،وهوالأفصح.

[٤] انظر/ الأم ٤٣/٤، الحاوي ٤٢٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٩٨.

[٥] انظر/ الحاوي ٤٢٩/٧،الروضة ٢٣٢/٥.

[٦] كما تقدم ص٨٦٩.

[٧] في ص٨٧٠.

[١٣٧] مسـألـة

قال : رحمه الله ((**وَالرَّاعِي إِذَا فَعَلَ مَا لِلرُّعَاةِ أن يَفْعَلَهُ**[(١)] **مِمَّا فِيْهِ مَصْلَحَة**[(٢)] **لَم يَضْمَن**[(٣)])).

وهذا كما قال.

إذا كان يرعاها في ملك/ صاحبها[(٤)] ، أو موضع عيَّنه له فلا ضمان عليه،وإن كان بخلاف ذلك فعلى القولين.[(٥)]

وإذا ضربها ضرباً جرت به العادة فتلفت فعلى ما تقدَّم بيانه.[(٦)]

فأمَّا إذا ضربها ضرباً خارجاً عن العادة، فإنَّه يضمن قولاً واحداً ،سواء كان صاحبها حاضراً أو غائباً ،وسواء كان الموضع معيَّناً أو غير معيَّن.[(٧)]

قال المزني:وهذا يقضي لأحد قوليه بطرح الضمان كما وصفت.

وهذا غير صحيح[(٨)]؛لأنّا قد بيّنّا أنّ الصحيح من القولين أن لا ضمان على الأجراء[(٩)]،والذي ذكره الشَّافعيُّ تفريعاً على القول الصحيح[(١٠)]،وكذلك

---

(١) في المختصر المطبوع (ما للرعاة فعله).

(٢) في المختصر المطبوع (صلاح).

(٣) مختصر المزني ص ١٣٨،وتمامه(قال المزني: رحمه الله وهذا يقضي لأحد قوليه بطرح الضمان ،كما وصفت وبالله التوفيق.)

(٤) قوله (صاحبها)بداية ٨/ل/٦٩أ من ب.

(٥) كما تقدم ص٨٧٠.

(٦) ص٨٨٩.

(٧) انظر/ الحاوي ٤٢٩/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٩٨،الروضة ٢٣٢/٥.

(٨) مختصر المزني ص ١٣٩.

(٩) كما تقدم في ص٨٧١.

(١٠) انظر/ الحاوي ٤٢٩/٧-٤٣٠،بحر المذهب ٩/ل ١٩٨.

كلُّ موضع ذكر قولين، ثم فرَّع على أحدهما كان هو الصحيح الذي اختاره.

[١٣٨] مسـألـة

قال رحمه الله : ((ومُعَلِّم الْكِتَاب وَالآدَمِيِّــينَ مُخَــالِفٌ لِرَاعِــي الْبَــهَائِمِ وَصُنَّــاعِ الأَعْمَالِ؛لأنَّ الآدَمِيِّينَ يُؤَدَّبُونَ بالْكَلَامِ [فَيَتَعَلَّمُونَ]،[1]وَلَيْسَ هَكَذَا تُؤَدَّبُ [2]الْبَـهَائِمِ فَإِذَا ضَرَبَ أَحَدَاً مِنْ الآدَمِيِّينِ لاسْتِصْلَاحِ الْمَضْرُوبِ، أَوْ غَيْرِ اسْتِصْلاحِهُ فَتَلَفَ كَـانَتَ فِيهِ دِيَّةٌ عَلَى عَاقِلَتِهِ وَالْكَفَّارَةُ فِي مَالِهِ [3])).

وهذا كما قال.

إذا ضرب المعلّم للتأديب فأدّى، إلى تلف المضروب ،فإنّ الدِّية تجب على عاقلته ،والكفّـارة في ماله. [4]

ويفارق البهائم حيث قلنا: في أحد القولين أنّه لا /يضمن [5] ؛لأنّ البهيمــة لا يمكــن تأديبها بالكلام ،والآدميُّ يمكن زجره وتأديـــه بــالكلام ،فــإذا عــدل إلى الضــرب ضمن . [6]

٦/ل

فأمّا إذا مات حتف أنفه من غير ضرب. [7]

فإنّه إن كان حرّاً لم يضمنه [8] ؛لأنّ اليد لا تثبت عليه . [9]

---

[1] [فيتعلمون]زيادة من المطبوع ص١٣٩.

[2] في المطبوع (مؤدب)ص١٣٩.

[3] وهذه المسألة والتي تليها متأخرة كما في المختصر المطبوع ص١٣٩ .

[4] إذا ضرب المعلم صبياً فمات من لضرب نظر :فإن كان الضرب لا يقتل غالباً فالدية تجب على عاقلتـه والكفارة في ماله ،وإن ضربه ضرباً يقتل مثله غالباً فهو قاتل عمداً يجب عليه القَوَد .بحر المذهـب ٩/ل ٢٠١، وانظر/ الحاوي ٤٣٤/٧،البيان ٣٨٦/٧، الروضة ١٧٧/١٠.

[5] في ص٨٧٢.

[6] انظر/ الحاوي ٤٣٤/٧، بحر المذهب ٩/ل ٢٠١،البيان ٣٨٦/٧.

[7] أي من غير فعل من المؤدب .البيان ٣٨٦/٧.

[8] انظر المرجع السابقة.

[9] كما تقدم ص٨٨٤ .

وإن كان عبداً أُسْلِمَ [١]إلى المعلم،فهل يضمنه أم لا ؟ فيه قولان، كما قلنا في البهيمة [٢] ،والله أعلم.

---

[١] في ب (سُلم)

[٢] كما تقدم في ص٨٧٠.

[١٣٩] مسـألـة

قال رحمه الله : ((وَالتَّعْزِيْرُ [١] لَيْسَ بِحَدٍّ يَجِبُ بِكُلِّ حَالٍ ،وَقَدْ يَجُوزُ تَرْكُهُ لا يَـأْثَمُ [٢][مَنْ] [٣] تَرَكَهُ [٤] [٥])).

وهذا كما قال.

إذا عزَّر الإمامُ رجلاً فأدَّى إلى تلفه وجب عليه الضَّمان، [٦] وأين يجب ؟فيه قولان:

أحدهما:على عاقلته . [٧]

والثاني:في بيت المال . [٨]

---

[١] التعزير :هو التأديب على ذنب لا حدَّ فيه ولا كفارة .

انظر/ مغني المحتاج ١٩١/٤.

[٢] في المختصر المطبوع وفي ب (ولا يأثم)ص١٣٩.

[٣] [من] زيادة من المختصر المطبوع ص١٣٩.

[٤] في ب(بتركه).

[٥] مختصر المزني ص وتمامه (قد فعل غير شيء في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم غيرحد فلم يضـرب فيه ،من ذلك الغلول وغيره ،ولم يؤت بحد قط فعفاه، وبعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى امـرأة في شيء بلغه عنها فأسقطت فقيل له: إنك مؤدِّب ،فقال له علي رضي الله عنه: إن كان اجتهد فقـد أخطأ، وإن كان لم يجتهد فقد غشَّ عليك الدية. فقال عمر: عزمت عليك أن لا تجلس حتى تضربهـا على قومك. فبهذا قلنا خطأ الإمام على عاقلته دون بيت المال).

[٦] انظر/ الحاوي ٤٣٥/٧،المهذب ٣٧٤/٢،بحر المذهب ٩/ل ٢٠١، البيان ٥٣٦/١٢.

وهو الصحيح .

وفي وجه :أنّه لاضمان عليه .

انظر/ الروضة ١٧٧/١٠.

[٧] وهو الأظهر .

انظر/ الروضة ٢٢٨/٩،مغني المحتاج ٢٠١/٤-٢٠٢.

و انظر/ الحاوي ٤٣٦/٧،البيان ٥٣٦/١٢.

[٨] انظر/التلخيص ص٤١٤، التنبيه ص٢٢٨،بحر المذهب ٩/ل ٢٠١،الروضة ٢٢٨/٩.

فإذا قلنا:يجب على عاقلته فإنّ الكفارة في ماله .[1] .

وإذا قلنا في بيت المال :**ففي الكفارة قولان** :[2]

أحدهما:في ماله.

والثاني:في بيت المال.

وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحدود ، فأغنى عن الإعادة.

---

[1] انظر/ الحاوي ٧/٤٣٦،بحر المذهب ٩/ل ٢٠١.

[2] والصحيح أنّهما وجهان.

انظر/ الحاوي ٧/٤٣٦،بحر المذهب ٩/ل ٢٠١،الروضة ٩/٢٢٨.

[١٤٠] مسـألـة

قال رحمه الله: ((وَلَوْ اكْتَرَى [١] حَمْلَ/ مَكِيلَةٍ [٢] وَمَا زَادَ فَبِحِسَابِهِ [٣]))

واختلف [٤] أصحابنا في هذه المسألة:

فمنهم من قال: أراد به إذا كان له صُبْرتان :حاضرة وغائبة فقال:يحمل معي هذه الحاضرة كلّ قفيز بدرهم، وما زاد من الغائبة على حساب ذلك ،فإنّه صحيح في الحاضرة؛لأنّه قد وجد الشرط فيها ،وهذه المشاهدة ،وباطل في الزيادة؛لأنّ الشرط لم يوجد فيها . [٥]

ومنهم من قال: صورها في صُبْرة واحدة مشاهدة يتيقّن المكتري أنّ فيها عشرة أقفزة، ويشك في الزيادة ،فقال:استأجرتك لتحمل عشرة أقفزة من هذه الصُّبْرة كلّ قفيز بدرهم ،وما زاد فبحساب ذلك فتصح في العشرة ؛لأنّها متيقنة وتبطل في الزيادة ؛لأنّها مشكوك فيها . [٦]

---

[١] في المطبوع المختصر (اكري)ص١٣٩.

[٢] قوله (مَكِيلَةٍ) بداية ٨/ل/٦٩ ب من ب.

[٣] وهذه مسألة متقدمة على المسألتين السابقتين كما في المختصر المطبوع ص١٣٩،وتمامها (فهو في المكيلة جائز وفي الزائد فاسد له أجر مثله).

[٤] في ب (اختلف)بدون الواو.

[٥] وهذا تأويل أبي إسحاق المروزي، ،وأبي علي بن أبي هريرة .
انظر/ الحاوي ٤٣٠/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٩٩،البيان ٣٢٩/٧.

[٦] انظر/ الحاوي ٤٣٠/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٩،البيان ٣٢٩/٧.
قال الماوردي في الحاوي : (وقال بعض الشافعية صورها في صبرة حاضرة يعلم أنّها تزيد على عشرة أقفزة ، فيستأجر لعشرة أقفزة منها بعشرة دراهم وما زاد فبحسابه ،فتبطل الإجارة في الزيادة ،وإن صحت في العشر ؛لأنّها لم تدخل في العقد ؛لأنّ الإجارة لم تعقد على جميع الصبرة ،وإنّما عقدت على عشرة أقفزة منها ،وأضيف إلى العقد زيادة لم تدخل فيه ؛فلذلك لم يصح العقد فيها .
ولو جعل الزيادة شرطاً في العقد ،فقال : على أنّ ما زاد فبحسابه بطلت الإجارة في الجميع ،وله إن حمل شيئاً أجرة مثله ،وهذه الطريقة في تصوير المسألة أشبه الطرق بلفظ الشافعي والله أعلم).٤٣١/٧.

فــــرع

إذا قال: استأجرتك لحمل هذه الصبرة لتحمل عشرة أقفزة منها ،كل قفيز بدرهم، ومازاد فبحساب ذلك، فإنّه يجوز إذا لم يشك في أنّها زائدة على عشرة أقفزة [1]،ويكون كأنّــه قال:لتحمل كلَّ قفيز من هذه الصبرة بدرهم، ومثل ذلك جـــائز في البيـــع ،وهـــو أن يقول:اشتريت منك هذه الصبرة كلَّ قفيز بدرهم[2] .

ويفارق إذا قال:استأجرت هذه الدار كل شهر بدرهم؛ [3] لأنّ جملـــة المـــدَّة مجهولـــة المقدار ؛فلهذا لم يصح كذلك هاهنا فإنّ جملة المجهول معلوم بالمشاهدة . [4]

---

[1] انظر/ البيان ٧/ ٣٣٠.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٩.

[3] فإنّه لا يصح كما تقدم ص ٧٧٦ .

[4] انظر/ البيان ٧/٣٢٩.

[١٤١] مســـــألــة

قال رحمه الله : ((**وَلَوْ حَمَلَ لَهُ مَكِيْلَةً** [١] **، فَوُجِدَتْ زَائِدَةً ،فَلَهُ أَجْـــرُ مَـــا حَمَلَ مِنْ الزِّيَادَةِ ،وَإِنْ كَانَ الْجَمَّالُ هُو الْكَيَّالَ فَلا كِرَاءَ لَهُ فِي الزِّيَادَة ،وَلِصَاحِبِـهِ الْخِيَارُ فِي أَخْذِ الزِّيَادَةِ فِي مَوْضِعِهِ ،أَوْ يُضَمِّنَهُ** [٢] **قَمْحَهُ بِبَلَدِه** [٣])).

وهذا كما قال.

إذا استأجره ليحمل له عشرة أقفزة إلى الكوفة ،فلمَّا حَمَلَها وُجِدت زائدة. [٤]

فإنّ الكلام في ثلاثة فصول: في الأجرة ،والدَّابَّة إن هلكت، والطعام مـــا يصنـــع به ؟ .

وجملته:أنّه لا يخلو من أن يكون الكيال هو المُكْرِي، أو المُكْتَري ،أو أجنبيٌّ.

فإن كان هو المكتري : فإنّه تجب عليه الأجرة المسمَّاة في الأصل،وأجـــرة المثـــل في الزيادة التي تعدَّى بها[٥]،كما لو/ استأجر دابَّة إلى الكوفة فركبها إلى/ القادســيَّة. [١] (٢) (٣)

٦

---

[١] في ب (المكيلة له)

[٢] في المختصر المطبوع (يضمن) ص١٣٩.

[٣] مختصر المزني ص ١٣٩.

[٤] لا تخلوا الزيادة من حالين :

أ- أن تكون الزيادة بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين من ذلك المبلغ فلا عبرة بـــه كـــأن يكـــون المشروط خمسة آصع ،المحمول خمسة آصع وخمس .

ب- أن تكون الزيادة أكثر مما يقع التفاوت بين الكيلين ،بأن يكون المشروط عشرة آصع، والمحمول أحـــد عشر ،فهذه الحالة التي سيفصل المؤلف الكلام فيها .

انظر/الأم ٤٤/٤، الحاوي ٤٣١/٧.فتح العزيز ١٥٥/٦،الروضة ٢٣٣/٥،مغني المحتاج ٣٥٤/٢.

[٥] انظر/ الحاوي ٤٣١/٧،التنبيه ص١٢٤،الوسيط ١٩١/٤،بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠.

وهذا على المشهور .

وفي قول: عليه أجرة المثل للجميع .

=

وأمَّا الدابَّة فإن تلفت نظر:

فإن كان سلَّمَها صَاحِبُها [٤] إلى المكتري، ولم يكن هو معها وجب على المكتري ضمان الجناية [٥] ،وكم قدر ما يضمن؟

فيه قولان:

أحدهما: النَّصف من القيمة.

والثاني: يتقسَّط على قدر المكيلين . [٦]

وأصلها مسألة الجلاد إذا قال له الإمام:اجلده مائة ،فجلد مائة وواحدة فمات . [٧]

=

وفي قول: يتخير بين المسمى وأجرة المثل للزيادة ،وبين أجرة المثل للجميع .

وفي قول : يتخير بين المسمى وما دخل الدابَّة من نقص وبين أجرة المثل .

انظر/ فتح العزيز ١٥٥/٦،الروضة ٢٣٣/٥.

[١] القادسيَّة :بليدة بقرب الكوفة على الطريق الحجاج ذات نخل سميت بقادس هرات نسبة إلى دهقانها :بعثه كسرى لدفع المسلمين وفتحت في زمن عمر ﷺ سنة ١٦ هـ ، وتقع القادسية في دولة العراق .

انظر/ الروض المعطار ص٤٤٨، آثار البلاد ص٢٣٩.

[٢] قوله (إلى القادسيَّة)بداية ٨/ل/ ٧٠أ من ب.

[٣] كما تقدم ص٧٦٧.

[٤] في ب (صاحبها سلمها).

[٥] إذا تلفت الدابَّة بعد أن سلمها صاحبها إلى المكتري ولم يكن معها وجب عليه جميع قيمة البهيمة ؛لأنها تلفت تحت يده بعدوانه كالغاصب ،فلزمه ضمان الجناية والتعدي .

وإما إذا تلفت وكان صاحبها معها فعليه ضمان الجناية وحدها ، وفي مقداره قولان كما ذكره المصنف .

انظر/ اختلاف العراقيين ٤٥/٤،الحاوي ٤٣١/٧، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٣٨١/٧، فتح العزيز ١٥٥/٦،الروضة ٢٣٣/٥.

[٦] وهو الأظهر ورجحه الإمام وغيره .

وفي قول ثالث يضمن كلَّ القيمة .

انظر/ الوسيط ١٩١/٤،فتح العزيز ١٥٥/٦، الروضة ٢٣٣/٥-٢٣٤.

[٧] وقد تقدمت هذه المسألة ص٧٦٩.

وإن كان الكيَّال هو المُكْرِي :فلا أجرة له في الزِّيادة [1] ؛لأنّه حمل طعام غيره بغير إذنه[2]،ولا ضمان بتلف الدابَّة على أحد [3]؛لأنّها تلفت بجناية صاحبها، [4]وعليه تسليم الطّعام إلى ربِّه. [5]

فإن قال المكري:أنا أردُّه إلى بغداد لم يكن له ذلك إلا أن يختار صاحبه،وإن أراد صاحبه أن يلزمه ردّه كان له ذلك . [6]

فأمَّا إن رجع صاحب الطّعام إلى بغداد، وصارت [7] الجمال ببغداد،فهل له أن يطالبه ببدل الطعام أم لا [8] ؟

نقل المزني رحمه الله أنّ له ذلك؛لأنّه قال: (**أو يضمِّنه قمحه ببلده**). [9]

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله في الأم : (**له مطالبته بردّه،وقد قيل:له مطالبته ببدله**) . [10]

واختلف أصحابنا فيه:

---

(1) انظر/ الحاوي ٧/٤٣٢،التهذيب ص٢٢٨-٢٢٩،بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٧/٣٨١،الروضة ٥/٢٣٤.

(2) انظر/ البيان ٧/٣٨١،مغني المحتاج ٢/٣٥٤.

(3) انظر/ الحاوي ٧/٣٤٢،بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٧/٣٨١.

(4) انظر/ الحاوي ٧/٣٤٢،بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠.

(5) انظر/ البيان ٧/٣٨١.

(6) انظر/ الحاوي ٧/٣٤٢،بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠.

(7) في ب (وصادف)

(8) أي إن لقي المكتري الجمَّال في البلد التي حمل الطعام منها فهل له أن يطالبه ببدل الطعام الذي حمله إلى غيرها أم لا؟.

(9) مختصر المزني ص ١٣٩،وكما تقدم في رأس المسألة.

(10) ونص ما في الأم (ثم هو ضامن؛ لأن يعطيك مثل قمحك ببلدك الذي حمل منه؛ لأنّه متعدٍّ إلا بأن ترضى أن تأخذه من موضعك فلا يحال بينك وبين عين مالك ،ولا كراء عليك بالعدوان) ٤/٤٤.

فمنهم من قال:هو بالخيار بين أن يطالبه ببدله ، أو بردّه كما إذا غصب منه عبداً فأبق ،فإنّ له مطالبته ببدله ،[1] وحمل كلام الشّافعي رحمه الله على التخيير. [2]

فعلى هذا [إذا] [3] طالبه بالبدل وأخذه ملك البدل ،ولم يملك المكري الطعام ،[4] كما إذا غصب عبداً فأبق، وأخذ ربُّه قيمته ملكها، ولم يملك الغاصب العبد، [5] فإن ردَّ الطعام انتقض ملكه عن القيمة، [6] كما إذا عاد العبد ورده إلى يد صاحبه. [7]

ومن أصحابنا من قال:له مطالبته بردّه ولا يجوز له المطالبة بالبدل. [8]

ويفارق العبد؛لأنّه غير مقدور على تسليمه [9] ،قال هذا القائل والمزني [10] رحمه الله :ترك أصل [11] قول الشّافعي رحمه الله ،ونقل ما حكاه عن الغير . [12]

هذا كلُّه إذا اتفقا على أنّ الطعام للمكتري .

---

[1] وهو قول أبي إسحاق المروزي ،وأبي علي بن أبي هريرة .
قال النووي (والأظهر أو الأصح :أنّ له مطالبته ببدلها في الحال)الروضة ٥/٢٣٤.
و انظر/ الحاوي ٧/٤٣٢، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٧/٣٨١، فتح العزيز ٦/ ١٥٦.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠.

[3] [إذا] ساقطة من أ.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٧/٣٨١.

[5] كما تقدم في كتاب الغصب ص٢٤٠.

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،فتح العزيز ٦/١٥٦.

[7] كما تقدم في كتاب الغصب ص٢٤٤.

[8] لأنّه غاصب قادر على عين الطعام فلم يجب عليه البدل .
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٧/٣٨١، فتح العزيز ٦/١٥٦، الروضة ٥/٢٣٤.

[9] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٧/٣٨١.

[10] في ب (فالمزني).

[11] في ب (أصول).

[12] انظر/ المرجعين السابقين .

فأمّا إن اختلفا :فالقول قول من يده عليه . [1]

ولو كان الكيَّال هو المكتري ،وحمله الحمَّال فهل يكون الحكم كما لو كان واحداً [2] ؟

فيه وجهان:

أحدهما:يجب عليه الأجرة والضّمان [3] ؛لأنّه مدلّس . [4]

والثّاني :/لا يجب[5] [6] ؛لأنّ صاحبها تولّى ذلك . [7]

وأصل ذلك إذا ترك سُمّاً في طعام نفسه، فأكله غيره فتلف ،ففي وجوب الضّمان عليه **قولان** . [8]

وأمّا إذا كان الكيّال أجنبياً :فعليه للمُكري أجرة الزّيادة،وضمان البهيمة إن تلفت ،وعليه للمكتري ردُّ الزيادة إلى موضعها الأول إن اختار ذلك. [9]

---

[1] انظر/ الحاوي ٤٣٢/٧، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠.

[2] إذا كال المؤجر وحمله المستأجر ، فإن كان المؤجر عالماً بالزيادة ،فهو كما لو كال بنفسه وحمل ؛لأنه لمّا علم بالزيادة كان من حقه أن لا يحملها ،وإن كان المؤجر جاهلاً ففيه الوجهان اللذان سيذكرهما المصنف .

انظر/ فتح العزيز ١٥٦/٦-١٥٧،الروضة ٢٣٤/٥-٢٣٥.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٣٨٢/٧، فتح العزيز ١٥٧/٦،الروضة ٢٣٥/٥.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٣٨٢/٧.

[5] قوله (لا يجب)بداية ٨/ل/٧٠ ب من ب .

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،فتح العزيز ١٥٧/٦. الروضة ٢٣٥/٥.

- وبه جزم الشربيني في مغني المحتاج ٣٥٤/٢.

[7] فكان مفرطاً ،وكان الاحتياط أن لا يحمل إلا بعد المعرفة بقدره .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٣٨٢/٧.

[8] انظر/ المرجعين السابقين .

-وجزم الشربيني في مغني المحتاج بعدم الضّمان ٧/٤.

[9] إن كان الكيّال أجنبياً فلا يخلوا حاله من ثلاثة أحوال .

=

هذا كله إذا كانت الزيادة كثيرة.

فأمَّا إن كانت يسيرة مثل مَكُّوك [1] واثنين،فلا حكم لها [2] ؛لأنّه قد يغلط بمثـل ذلك في الكيل ولا يمكن الاحتراز منه [3] ،والله أعلم

=

أ- أن يكون بعد كيله قد حمله على البعير وسار معه ،فعليه للمكري أجرة الزيادة ،وضمان البهيمـة إن تلفت ،ورد الزيادة إلى موضعها .

ب- إن يكون بعد كيله قد حمله على البعير ،ولم يسر معه : فيضمن لرب الطعام ما كان يضمنه لو سـار معه ،ويضمن للحمَّال أجرة الزيادة ،وفي مقدار ما يضمنه من قيمة البعير قولان تقدما ص٨٩٨.

ج ـ أن يكيل الطعام ولا يحمله ،ولا يسير معه فلا يضمن للحمال شيئاً ،وأما صاحب الطعام فيضمن لـه طعامه بالغرم إن أخرجه من حرزه .

انظر/ الحاوي ٧/٤٣٢-٤٣٣.

و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٧/٣٨٢، فتح العزيز ٦/١٥٧، الروضة ٥/٢٣٥.

[1] الـمَكُّوكُ: مكيال معروف لأهل العرب، والـجميع مَكاكِيكُ و مَكاكِيّ علـى البـدل كراهيـة التضعيف، وهو صاع ونصف وقيل ثلاث كَيْلَـجات وهو المختار عند أهل اللغة ، وقيل : إنَّه نصـف ويبة ،وهو أحد عشر مداً.

وعلى اعتبار أنَّ المكوك يعادل ثلاث كليجات فإن مقدار المكوك يعادل ٤٥٩٠ جراماً حيـث إن مقـدار الكليجة = ١٥٣٠ جراماً .

انظر/ لسان العرب ١٠/٤٩١، بحث في تحويل الموازين والمكايل الشرعية إلى المقادير المعاصرة للشيخ عبد الله ين منيع ص٢٨٧..

[2] انظر/ الحاوي ٧/٤٣٢، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠، البيان ٧/٣٨٢.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٠،البيان ٧/٣٨٢.

فرع

قال أبو العباس / بن سريج [1] :يجوز استئجار القميص للبس [2] ؛لأنّه يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ؛فأشبه العقار ،ويلبسه على ما جرت به العادة ،وهو بالنهار،فإذا جاء الليل نزعه للنّوم [3] ؛لأنّ العادة جارية بذلك [4] ،فإن أراد النوّم بالنّهار لم يلزمه نزعه له [5] ؛لأنّ العادة أن ينام النّاس بالنّهار في ثيابهم. [6]

[1] تقدمت ترجمته ص١٨٧.

[2] انظر/ فتح العزيز ١٤٤/٦، الروضة ٢٢٥/٥.

[3] انظر/ الحاوي ٤٤٣/٧، المهذب ٢٥٦/٢، الوسيط ١٨٦/٤،البيان ٣٤٩/٧، فتح المعين ١٢٢/٣.

[4] انظر/ الحاوي ٤٤٣/٧،المهذب ٢٥٦/٢،البيان ٣٤٩/٧،مغني المحتاج ٣٥٠/٢.

[5] وهو أصح الوجهين ،وبه قطع الأكثر ون .

وفي وجه يلزمه نزعه .

-وجعل الرافعي الوجهين في النوم في الثوب ،وقت القيلولة ،ولكن الأكثر ين ،قالوا :يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة .

وضبطه الصميري فقال : إن نام ساعة أو ساعتين جاز ؛لأنه متعارف ،وإن نام أكثر لم يجز .

- ولكن لو أستأجر ثوباً يلبس بالعادة للتجمّل ،لزمه نزعه ،بل يلزمه نزعه في سائر أوقات الخلوة ،لأنّ العادة جرت أن يلبس في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجمل ،كالخروج إلى السوق ،ودخول الناس عليه .

- انظر/ فتح العزيز ١٤٤/٦،الروضة ٢٢٥/٥،مغني المحتاج ٣٥٠/٢-٣٥١.

و انظر/ الحاوي ٤٤٣/٧،الوسيط ١٨٦/٤،البيان ٣٤٩/٧.

[6] انظر/ الحاوي ٤٤٣/٧، البيان ٣٤٩/٧.

ويلبسه لُبْساً ،فإن أراد أن يأتزر[1]به لم يجز [2] ؛لأنّه يَلْحَقُ القميص بذلك أكثر من ضرر اللُّبِس [3] ؛لأنّه يجلس على طاقين [4] منه،وإذا لبسه جلس على طاق واحد. [5]

ولأنّه إذا ائتزر به تقذر .

فإن أراد أن يرتدي[6]به ،فهل يجوز ذلك؟

فيه وجهان:

أحدهما:لا يجوز [7] ؛لأنّه خلاف ما جرت به العادة . [8]

والثاني:يجوز [9] ؛لأنّ ضرره أقل من ضرر اللُّبس،فإذا جاز له اللبس جاز له الارتداء . [10]

---

[1] الإتزار : لبس الإزار ،والإزار:ثوب يحيط بالنصف الأسفل من البدن .المعجم الوسيط ١٦/١.

[2] انظر/ الحاوي ٤٤٣/٧،البيان ٣٤٩/٧-٣٥٠، الروضة ٢٢٥/٥،مغني المحتاج ٣٥١/٢.

[3] انظر/ الحاوي ٧/ ٤٤٣، البيان ٣٥٠/٧،فتح العزيز ١٤٤/٦.

[4] قال في النظم المستعذب: (الطاق العطف من أعطاف الثوب ،والطاقان عطفان).٢٥٧/٢

[5] انظر/ المهذب ٢٥٧/٢.

[6] الإرتداء : لبس الرداء ،والرداء ما يلبس فوق الثياب . المعجم الوسيط ٣٤٠/١.

[7] انظر/ الحاوي ٤٤٣/٧،،الوسيط ١٨٦/٤،البيان ٣٥٠/٧، فتح العزيز ١٤٤/٦،

[8] انظر/ الحاوي ٤٤٣/٧،فتح العزيز ١٤٤/٦.

[9] وهو أصح الوجهين .الروضة ٢٢٥/٥.

وانظر/ الحاوي ٤٤٣/٧،،الوسيط ١٨٦/٤،البيان ٣٥٠/٧.

[10] انظر/ الحاوي ٤٤٣/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.

فصل

يجوز إجارة المشاع [1] للشريك وغيره [2] ،وكذلك رهنه [3] وهبته [4] .

وقال أبو حنيفة وصاحباه:لا يجوز رهن المشاع بحال. [5]

وأمَّا إجارته فقال أبو حنيفة:يجوز من الشريك ولا يجوز من غيره. [6]

وقال أبو يوسف [7] **ومحمد** [8] :لا يجوز بحال. [9]

وأمَّا هبته فقالوا:إن كان ممَّا ينقسم جاز،وإن كان ممَّا لا ينقسم لم يجز . [10]

وقد مضى الكلامُ في رهن المشاع. [11]

---

[1] كأن يقول المؤجر أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا ، أو لتركبها نصف الطريق .

انظر/ فتح العزيز ٦/٩٨.

[2] انظر/ المهذب ٢/٢٤٤،حلية العلماء ٥/ ٣٨٧،البيان ٧/٢٩٧، الروضة ٥/١٨٤.

- وحُكي وجه: أن إجارة نصف الدابة لا تصح ،للتقطيع ، بخلاف إجارة نصف الدار ،وبخلاف ما إذا أجرهما ليركبا في محمل .

انظر/ فتح العزيز ٦/٩٨،الروضة ٥/١٨٤،مغني المحتاج ٢/٣٣٩

[3] انظر/ الأم ٣/٢١٩، المهذب ٢/٩١، الإقناع للشربيني ٢/٢٩٧.

[4] انظر/ الروضة ٥/٣٧٣، إعانة الطالبين ٣/١٤٨.

[5] انظر/ تحفة الفقهاء ٣/٣٨، البحر الرائق ٣/١٨٣.

[6] انظر/ المبسوط ١٥/١٤٤-١٤٥، الهداية مع تكملة فتح القدير ٩/٩٨، بدائع الصنائع ٤/٣٦.

[7] تقدمت ترجمته ص١٦٠.

[8] تقدمت ترجمته ص١٧٩.

[9] والذي وجدته عنهما جواز إجارة المشاع مطلقاً .

انظر/ المراجع السابقة.

[10] ومذهب الحنفية عكس ذلك فلا يجوز هبة المشاع فيما يقسم حتى يقسم ،و تجوز فيما لا يقسم كالعبد.

انظر/ تحفة الفقهاء ٣/١٦١، بدائع الصنائع ٥/٧٠.

[11] في كتاب الرهن من التعليقة الكبرى وهي رسالة مقدمة من الشيخ سعيد بن حسين القحطاني ٢/٦٠٩.

والكلام في هبته يأتي إن شاء الله [تعالى] [1] . [2]

وأمَّا إجارته فنقول:عقد في ملكه، فإذا جاز مع الشريك جاز مع غيره كـالبيع ، [3]أو نقول:كلُّ ما انفرد به جاز عقد الإجارة عليه،فإذا كان له ولغيره جاز أيضاً ،كمـا إذا عقد مع شريكه.

وأمَّا الكلام على أبي يوسف، ومحمد فنقول: كلُّ منفعة [4]جاز عقد الإجارة عليـها مع غيرها جاز العقد عليها وحدها، كما لو كان داران ،فإنّه لمَّا جاز عقد الإجـارة عليهما جاز على أحدهما. [5]

---

[1][تعالى] ساقطة من أ.

[2] في كتاب الهبة .

[3] انظر/ المهذب ٢/٢٤٤، البيان ٧/٢٩٧.

[4] قوله (كلُّ منفعة) بداية ٨/ل/٧١أ من ب.

[5] انظر/ البيان ٧/٢٧٩.

فرع

إذا استأجر داراً لزم صاحبها تسليم المفتاح إليه [1] ؛لأنّه لا يمكن الانتفـــاع بهـــا إلا به [2] [فهي] [3] كالبالان والزِّمَام [4] .

فإن ضاع وجب عليه ضمانه [5] [كالبالان] [6] [ونحوه] [7] ،والله أعلم.

---

(1) انظر/ التنبيه ص١٢٤، بحر المذهب ٩/ل ١٩١، البيان ٧/٣٤٠.

(2) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩١، البيان ٧/٣٤٠.

(3) [فهي] ساقطة من أ.

(4) زم الشيءَ يَزُمُّه زَمّاً فانْزَمَّ شده والزِّمامُ ما زُمَّ به والجمع أَزِمَّةٌ، والزِّمامُ: الخيط الذي يشد في البُرَةِ أو في الخِشاشِ ثم يشد في طرفه المِقْوَد وقد يسمى المِقْوَد زِماماً.لسان العرب ١٢/٢٧٢.

(5) إذا تلف أو ضاع من غير تفريط من المكتري لم يضمنه ،ويجب على المكري إبداله ،فإن لم يبدله ،فللمستأجر الخيار ،أما إذا فرط ضمنه .

انظر/التهذيب ص٢٣٥، البيان ٧/٣٤٠، الروضة ٥/٢١١.

(6) في أ(البالا)

(7) [ونحوه] ساقطة من أ.

[١٤٢] مسـألـة

قال : رحمه الله ((وَفِي الأمِّ [١] إِذَا اكْتَرَى جَمَلاً لِيَرْكَبَهُ جَازَ لَهُ [٢] أَنْ يَرْكَبَ بِنَفْسِهِ ،أَوْ يُرْكِبَهُ مَنْ هوَ فَي مَعنَاهُ مِن الطُّولِ وِالْسِّمَن)). [٣]

لأنّ المنفعة حصلت له فجاز أن يستوفيها بنفسه وبغيره ،كما إذا كان له دَيْن جاز أن يستوفيها بنفسه وبغيره. [٤]

فإن أراد الجمَّال أن يسلِّم إليه غيره لم يجز له؛لأنّ المكتري قد ملك منافع هذا الجمل، فلم يجز أن يعطيه غير ما ملك . [٥]

---

[١] في ب (في الأم)

[٢] لَهُ :ساقطة من ب.

[٣] ونص ما في الأم : (وكذلك إن تكارى دابة ليركبها فحمل عليها غيره مثله في الخفة، أو أخف منه فهكذا لا يضمن ،وإن كان أثقل منه فتلف ضمن، وإن كان أعنف ركوباً منه ،وهو مثله في الخفة فانظر إلى العنف، فإن كان العنف شيئاً ليس كركوب الناس وكان متلفاً ضمن ،وإن كان كركوب الناس لم يضمن ،وذلك إن أركب الناس قد يختلف بركوب ،ولا يوقف للركوب على حدٍ إلا أنّه إذا فعل في الركوب ما يكون خارجاً به من ركوب العامة ومتلفاً فتلف الدابة ضمن.) ٢١/٤.
انظر/ المهذب ٢٥٧/٢، البيان ٣٥٢/٧.

[٤] قوله (كما إذا كان له دَيْن جاز أن يستوفيها بنفسه وبغيره) ساقط من ب.

[٥] انظر/ البيان ٣٥٢/٧.

فـــصـــل

إذا دفع إلى قصَّار ثوباً لتقصبره، أو إلى خياط ليخيطه ،أو إلى صبَّاغ ليصبغه .

فإن كان ذلك بإجارة صحيحة وجب له المسمَّى .[1]

وإن كان ذلك بإجارة فاسدة، أو بتعريض بإجارة [2] وجب له أجرة المثل .[3]

وإن كان بلا إجارة ولا بتعريض بإجارة .

فالمذهب أنّه لا يستحقُّ الأجرة ،سواء كان ممن هو منتصب للعمل بأجرة ،أو لم يكن،وسواء كان الاستدعاء /منه ،أو من ربِّ الثوب.[4]

٦/ل

وقال المزني رحمه الله في جامعه الكبير:له الأجرة [5] ؛لأنّه أتلف منافعه [6] فأشبه الغصب.[7]

ومن أصحابنا من قال:إن كان منتصباً لذلك ،فله الأجرة [8] ؛لأنّ العرف يشهد له .[1]

---

[1] الحاوي ٤٤٢/٧، البيان ٤٠٥/٧، مغني المحتاج ٣٥٣/٢، نهاية المحتاج ٣١٢/٥.

[2] كأن يقول اعمل وأنا أرضيك ، أو اعمل وما ترى مني إلا ما يسُرك .
انظر/ البيان ٤٠٥/٧، مغني المحتاج ٣٥٣/٢.

[3] انظر/ الحاوي ٤٤٢/٧،بحر المذهب ٩/ل ١٩٠، مغني المحتاج ٣٥٣/٢، نهاية المحتاج ٣١٢/٥.

[4] وهو الأصح المنصوص ؛لأنّه لم يلتزم ،وصار كما لو قال : أطعمني خبزاً ،فأطعمه .
انظر/الحاوي ٧/ ٤٤٢،بحر المذهب٩/ل ١٩٠،الوجيز ٢٣٧/١،البيان٤٠٦/٧،فتح العزيز ١٥٠/٦،الروضة ٢٣٠/٥،المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي من دون إخوانه الأئمة ص ١٥٨

[5] ونقله عن المزني البغوي في التهذيب ص٢٧٠ ، الروياني في بحر المذهب ٩/ل ١٩٠.

[6] أي لأنّه استهلك عمله. الحاوي ٤٤٢/٧.

[7] انظر/ الحاوي ٤٤٢/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٠؛البيان ٤٠٥/٧.

[8] وإن لم يكن معروفاً بذلك فلا أجرة له .
وهذا الوجه محكي عن ابن سريج ،وأفتى به الروياني ،وحكاه عن الأكثر ين ،واستحسنه النووي .
=

وقال أبو إسحاق :[2] إن كان الاستدعاء من الصبَّاغ فلا أجرة له.[3]

وإن كان من ربِّ الثوب فله الأجرة .[4]

والمذهب أنّه لا أجرة له بحال.[5]

والدليل على أنّ المنافع تجري مجرى الأعيان ؛لأنّها تُضمن بالمسمَّى في العقد الصحيح ،وبالمثل في الفاسد،[6]ثم ثبت أنّ الأعيان أقوى ملكاً وأثبت؛لأنّها قائمة، والمنافع كلّما وجد منها جزء تلف،[7] وقد ثبت أنّ الأعيان لا تُضمن بهذا، وهو أنّه لو تقدَّم إلى خبَّاز فقال:أطعمني من هذا الخبز ،فأطعمه لم يجب عليه ثمنه، سواء كان منتصباً لذلك ،أو لم يكن، أو كان الاستدعاء منه أومن الخبَّاز.[8]

فإذا ثبت /هذا في الأعيان [9]فالمنافع أولى أن لا تُضمن به،وما ذكروه يبطل بالخبَّاز.

فإن قيل:فقد قلتم: إنّه إذا دفع إليه ثوباً ،ثمّ اختلفا فقال الدَّافع:بيعاً،وقال القابض:هبة،كان القول قول الدَّافع، [10] فهلَّا قلتم هاهنا بمثله؟.

انظر/ الحاوي ٤٤٢/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩٠،فتح العزيز ١٥١/٦، الروضة ٢٣٠/٥،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٥٢/٣،المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي من دون إخوانه الأئمة ص١٥٨.

[1] انظر/ المراجع السابقة.

[2] المروزي وتقدمت ترجمته ص١٤٠.

[3] وذلك لأنّه اختار تفويت منافعه .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٠، فتح العزيز ١٥٠/٦.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٠، البيان ٤٠٥/٧-٤٠٦،المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي من دون إخوانه الأئمة ص١٥٨.

[5] كما تقدم في الصفحة السابقة .

[6] ذلك كمنفعة البضع، فإنَّها تضمن بالمسمى في العقد الصحيح ،وبالمثل في العقد الفاسد .

[7] كما تقدم ص٧٤٤.

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٠، البيان ٤٠٦/٧، فتح العزيز ١٥٠/٦.

[9] قوله (هذا في الأعيان)بداية ٨/ل/٧١ ب من ب.

[10] قال النووي في الروضة (قالوا ومتى اختلف القابض والدافع في الجهة فالقول قول الدافع). ١٩٩/٤.

فالجواب: أنّ الفرق بينهما أنّ هناك لم يُسَلِّطَه على إتلاف ما دفع ؛فلهذا كان القول قول الدافع، وهاهنا قد أتلف منافعه في حقِّ غيره؛ فلهذا لم يُجعل القول قوله، كما إذا دفع إليه طعاماً ،وقال له: كله ثمّ طالبه بثمنه لم يكن له ذلك .[1]

=

و انظر/ مغني المحتاج ١/٤١٨.

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٠.

[١٤٣] مســـــألــة

قال الشّافعي رحمه الله : ((**وَلَو اختَلَفَا فِي ثَوْبٍ ،فَقَالَ ربُّهُ:أَمَرْتُـــكَ أن تُقْطَعَــهُ قَمِيْصاً،وَقَالَ الخَيَّاطُ:بَلْ قباء** [(١)] **،قال الشّافعي بَعَدَ أن وَصَفَ قَوْلَ ابْنِ أَبِي لَيْلَــى أنَّ القَوْلَ قَوْلَ الخَيَّاطَ ؛لاجْتِمَاعِهِمَا عَلَى القَطْعِ،وَقَوْل أَبِي حَنِيفَة أنَّ القَوْلَ قَــولُ رَبِّ الثَّوْب كَمَا لَوْ دَفَعَهُ إلى رَجُلٍ فَقَالَ:رَهْنٌ، وَقَالَ الرَجُلُ** [(٢)]**:وَدِيعَة**[(٣)])).

وهذا كما قال.

إذا أسلم إلى خياط ثوباً فقطَّعه [ثم] [(٤)] قال ربُّه:أمرتك أن تقطعه قميصـــاً،وقـــال الخيَّـــاط:بـــل قِبَـــاءً قـــال :في اختـــــلاف العِرَاقِيّيْـــــنِ : [(٥)] [(٦)] ومـــــن ثمَّ

---

(١) القَباء بفتح القاف وتخفيف الموحدة ثوب معروف وهو مفرجٌ مِن القدم إلى الحلق لا يحتاج لا بسه إلى إدخال رأسه فيه ، والـــجمع أَقْبِـــية. و قَبَّى ثوبه: قطع منه قَباء.
انظر/ النظم المستعذب ٢٦٩/٢، لسان العرب ٥٥٠/١١

(٢) في المختصر المطبوع (ربَّه) أي عكس ما هنا .

(٣) مختصر المزني ص ١٣٩. وتمامها: (قال الشافعي رحمه الله: ولعلَّ من حجَّته أن يقول: وإن اجتمعا علـى أنه أمره بالقطع ،فلم يعمل له عمله، كما لو استأجره على حمل بإجارة ،فقال قد حملته، لم يكن ذلـك له إلا بإقرار صاحبه، وهذا أشبه القولين وكلاهما مدخول. قال المزني: رحمه الله: القول ما شبَّه الشافعيُّ بالحقِّ ؛لأنه لا خلاف أعلمه بينهم أن من أحدث حدثًا فيما لا يملكه أنَّه مأخوذ بحدثه، وأن الدعوى لا تنفعه، فالخياط مقرٌّ بأنَّ الثَّوب لربِّه وأنَّه أحدث فيه حدثًا ،وادَّعى إذنه وإجارة عليه، فإن أقام بينة على دعواه ،وإلا حلف صاحبه وضمنه ما أحدث في ثوبه).

(٤) [ثم] ساقطة من أ.

(٥) قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات (العراقيَّان اللذان يقول في المهذب في مواضع كثـــيرة قـــال في اختلاف العراقِيَّيْن هما أبو حنيفة ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وقوله (العِراقيَّيْن) بفتـــح اليـــاء الأولى ،وكسر النون ؛لأنه مثنى، وإنَّما ضبطُّته ؛لأنه قد يُصَحَّف ،وهذا كتاب صنفه الشافعي فذكر فيه المسائل التي اختلفا فيها ويختار تارة ذاك ،وتارة يضعفها ،ويختار ثالثاً ،وهذا الكتاب هو أحد كتب الأم وهو نحو نصف مجلد)١/٢/١/٢٨٠. ،وهو كتاب مطبوع مع الأم .

(٦) اختلاف العراقيين ٤/٤٥-٤٦.

نقله المزني رحمه الله [1] قال:كان ابن أبي ليلى [2] يقول : القول قول الخيّاط؛لاجتماعهما على القطع[3] ،وقال أبو حنيفة:القول قول ربِّ الثَّوب، [4] كما لو دفع إليه ثوباً فقال ربُّه وديعة ،وقال الآخر:بل هبة، [5] كان القول قول الدافع،**وهذا أصحُّ** [6] للقولين.

ونقل المُزَني رحمه الله هذه المسألة إلى جامعه الكبير ،وذكر هذين القولين [7] ،ثم [قال] [8] قال الشَّافعي رحمه الله :وكلاهما مَدخُول ؛[9] لأنّ الخياط يَدَّعِي الأجرة وينفي الضَّمان،وربُّ الثَّوب ينفي الأجرة ويدَّعي الضَّمان، فلا أقبل قولهما، وأردُّهما إلى أصل القياس على السَّنَّة ؛فيحلف كلُّ واحد منهما لصاحبه ،وليردّ الثَّوب على صاحبه فلا أجرة للخياط ولا ضمان عليه. [10]

---

(1) مختصر المزني ص ١٣٩.

(2) تقدمت ترجمته ص ٢٨٤.

(3) انظر/ اختلاف العراقيين ٤/٤٥-٤٦،الحاوي ٧/٤٣٦،المبسوط ١٥/٩٦.

(4) أي مع يمين من يكون القول قوله .

انظر/ اللباب وشرحه الكتاب ١/١٠٢-١٠٣،المبسوط ١٥/٩٦،تبين الحقائق ٦/١٥٤.

(5) في مختصر المزني (رهن) كما تقدم في التعليق على رأس المسألة.

(6) في مختصر المزني (أشبه) كما تقدم في التعليق على رأس المسألة

(7) انظر/ الحاوي ٧/٤٣٦، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٢.

(8)[قال] ساقطة من أ.

(9) أي يمكن الدخول إلى نقضه وإفساده .

انظر/ النظم المستعذب ٢/٢٧٠.

(10) انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٢.

وقال رحمه الله في الإملاء:إذا دفع إلى صبَّاغ ثوباً فصبغه أسود، ثم اختلفا ؛فقال ربُّه:أمرتك بأحمر/،وقال الصبَّاغ :/بل بأسود،[1] تحالفا ،وعلى الصبَّاغ ما نقص [2] ،وقال في الأجير والمستأجر يتحالفان وعليه ما نقص. [3]

6/ل/72أ

وقال المزني رحمه الله :لا غُرْم عليه.

واختلف أصحابنا رحمهم الله فيه على طرق : [4]

فقال أبو العباس[5]وأبو إسحاق [6] وغيرهما:**فيها قولان**:[7]

أحدهما:القول قول الخيَّاط ،وهو قول ابن أبي ليلى. [8]

[وقال آخرون][9]**القول**:قول رب الثوب.وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف [10] ،[11] وهو اختيار المزني. [1]

---

[1] قول(بل بأسود)بداية 8/ل/72أ من ب.

[2] انظر المرجع السابق و البيان 7/401.

[3] الأم 4/45-46.و انظر/ الحاوي 7/436، المهذب 2/270، بحر المذهب 9/ل 202، البيان 7/401.

[4] وذكر الرافعي ووافقه النووي أنّه على خمسة طرق .

انظر/ فتح العزيز 6/159، الروضة 5/236.

[5] هو ابن سريج وقد تقدمت ترجمته ص187.

[6] وهو المروزي وقد تقدمت ترجمته ص140.

[7] وهذا أصح الطرق ،وهو قول الأكثر .

انظر/ الحاوي 7/347، المهذب 2/270، بحر المذهب 9/ل 202، الوجيز 1/238،البيان 7/401،فتح العزيز 6/159، الروضة 5/236.

- والأظهر عند الجمهور أنّ القول قول المالك .

انظر/ الروضة 5/236. المنهاج وشرحه مغني المحتاج 2/354.

[8] تقدمت ترجمته ص284

[9][وقال آخرون] ساقطة من أ.

[10] تقدمت ترجمته ص160.

[11] كما تقدم ص914.

ومن أصحابنا من قال:فيها ثلاثة أقوال: هذان.

والثّالث:أنّهما يتحالفان .[2]

وقال أبو حامد الإسفراييني رحمه الله: [3] ظاهر الكلام يدلُّ على أنّ المسألة على قول واحد ،وهو أنّهما يتحالفان [4] ؛لأنّ الشّافعي رحمه الله حكى القولين،وقال كلاهما مدخول ،فلا أقبل قولهما ،وأردُّهما إلى أصل القياس على السُّنّة .[5]

فمن قال: القول قول الخيَّاط **احتجَّ بثلاثة أشياء:**

أحدها:ما ذكره ابن أبي ليلى، وهو أنّهما قد اتفقا على القطع ،وملّكه الخيَّاط [6] فكان القول قوله في صفته .[7]

والثّاني:أنّ العرف والعادة معه؛لأنّ الظّاهر أنّه لا يخالف ربُّ الثّوب .[8]

=

[1] حيث قال بعد ذكر هذا القول (القول ما شبّه الشافعيُّ بالحقِّ)مختصر المزني ص ١٣٩.

و انظر/ الحاوي ٤٣٧/٧، المهذب ٢٧٠/٢.

[2] وهي طريقة أبي الطيب بن سلمة ،وأبي حفص الوكيل .

انظر/ الحاوي ٤٣٧/٧،المهذب ٢٧٠/٢، البيان ٤٠١/٧،الروضة ٢٣٦/٥.

[3] تقدمت ترجمته ص٢٩.

[4] وهي طريقة أبي علي الطبري ،وصاحب التقريب ،وحكي عن القفال وهي طريقة المتأخرين .

انظر/ الحاوي ٤٣٧/٧، المهذب ٢٧٠/٢، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٢،البيان ٤٠١/٧، فتح العزيز ١٥٩/٦، الروضة ٢٣٦/٥.

- والطريق الرابع :أنَّ في المسألة قولين تصديق المالك والتحالف .

- والطريق الخامس :محكي عن ابن سريج ،وهو إن جرى بينهما عقد تعين التحالف وإلا فقولان .

انظر/ فتح العزيز ١٥٨/٦-١٥٩، الروضة ٢٣٦/٥.

[5] كما تقدم ص٩١٣.

[6] أي ملك الخياط القطع.

[7] كما تقدم في ص٩١٤.

[8] انظر/ الحاوي ٤٣٧/٧.

والثالث:أنّا لو قلنا القول قول ربِّ الثّوب أسقطنا عنه الأجرة ،وأوجبنا له الضّمان على الخيّاط، وذلك لا يجب له بدعواه .[1]

وإذا قلنا :القول قول ربِّ الثّوب فوجهه:أنّه أحدث غيرُه عملاً في ملكه ؛ فكان القول قول ربِّ الملك في الإذن ،كما إذا اختلفا في أصل الإذن. [2]

ولأنّ كلَّ من كان القول قوله في أصل الشيء ،كان القول قوله في صفته، كالطلاق إذا اختلفا في عدده كان القول قول الزّوج،[3]كما لو اختلفا في أصل الإيقاع.

فمن قال بهذا القول أجاب عن دليلهم الأول :بأنّه يبطل به إذا دفع إليه ثوباً فقال الدّافع:وديعة.وقال القابض:هبة. فإنّ القول قول ربِّ الثّوب،وإن كان قد اتّفقا على القبض .[4]

وأمّا قولهم :إنّ العرف معه فلا تصح دعوى العرف مع تجويز الخطأ/ والنّسيان.[5]

ولأنّ العرف إنّما يستعمل في إطلاق العقود وهاهنا لا يصحُّ،ألا ترى:أنّ العطّار والدّباغ إذا اختلفا في العطر، ويدهما عليه، كان بينهما و لم يرجّح بالعرف العطّار ؟ .

وقولهم :إنّا إذا قلنا: قوله عليه أسقطنا أجرته وألزمناه الضّمان ،فلا يمتنع ذلك ؛ألا ترى:أنّهما إذا اختلفا في أصل الإذن جعلنا القول قول ربِّ الثّوب ،وأسقطنا أجرته وألزمناه الضّمان؟ [6]

---

[1] لأن الأصل عدمه .

انظر/ فتح العزيز ١٥٨/٦.

[2] انظر/ الحاوي ٤٣٨/٧، المهذب ٢٧٠/٢، فتح العزيز ١٥٨/٦.

[3] انظر/ الروضة ٤٣٣/٧،فتح الوهاب ١٢٣/٢.

[4] وبنحوه في مختصر المزني ص ١٣٩.

[5] قوله(والنّسيان) بداية ٨/ل/٧٢ب من ب .

[6] انظر/ الحاوي ٤٣٨/٧،المهذب ٣٧٠/٢.

إذا ثبت هذا .

فإن قلنا: القول قول الخيَّاط، فإنّه يحلف بالله ما أذنت/ لي في قطعه قميصـــاً،ولقـــد أذنت لي في قطعه قَبَاءً،[1]فإذ حلف فلا غرم عليه،[2] وهل له أَجْرَه ؟.

أمَّا المسمَّى فلا يستحقُّه، [3]وهل يستحقُّ أجرة المثل؟

فيه وجهان:

أحدهما:لا يستحقُّ، [4]لأنّ قوله مقبول في إسقاط مـــا يجـــب عليـــه ،ولا يملـــك به [5] أن يوجب لنفسه. [6]

---

[1] فيجب عليه أن يحلف على النفي والإثبات ونقله العمراني عن ابن الصباغ .

وقال بعضهم :يحلف على الإثبات و لا تلزمه اليمين على النفي فيحلف لقد أمره ،أو أذن لـــه في قطعـــه قباء.ونقله العمراني عن الشيخ أبي حامد .البيان ٤٠٢/٧

انظر/ الحاوي ٤٣٧/٧-٤٣٨، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣.

[2] لأنّه ثبت بيمينه أنّه مأذون فيه .

انظُر/ الحاوي ٤٣٧/٧، المهذب ٢٧٠/٢، البيان ٤٠٢/٧، حلية العلماء ٥/ ٤٥٢،الروضة ٢٣٦/٥.

[3] وفي وجه أن يجب له المسمى في العقد ؛لأنّا قبلنا قوله في أنّ ربَّ الثوب أذن له ؛فوجب له ما اقتضـــاه الإذن وهو المسمَّى في العقد .

انظر/ الحاوي ٤٣٧/٧، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٢، البيان ٤٠٢/٧، حلية العلماء ٥/ ٤٥٢،الروضة ٢٣٦/٥.

-ونقل العمراني عن الشيخ أبي حامد والمحاملي وابن الصباغ :أنّه لا يستحقُّ المسمَّى وجهاً واحدا ً،ثم قال(والذي يقتضي المذهب :أن الشيخ أبا حامد ومن قال يستحقُّ أجرة المثل ،ولا يستحق المسمَّى أرادوا إذا كان ما يدَّعيه من المسمَّى أكثر من أجرة المثل ،فأمَّا إذا كان الذي يدَّعيه من المسمَّى أقل من أجـــرة المثل ... أستحق ذلك وجهاً واحداً،إذا قلنا :أنّه يستحق الأجرة ،لأنّه لا يجوز أن يجب له أكـــثر ممـــا يدعيه)البيان ٤٠٢/٧و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣.

[4] وهو الأصح ،وهو قول أبي إسحاق المروزي .

انظر/ الحاوي ٤٣٧/٧، بحر المذهب، ٩/ل ٢٠٣، البيان ٤٠٢/٧، حلية العلماء ٥/ ٤٥٢،الروضة ٢٣٦/٥

[5] أي لا يملك بقوله .

[6] انظر/ الحاوي ٤٣٧/٧، المهذب ٢٧٠/٢، البيان ٤٠٢/٧.

٦/ل/٧٢،

والوجه الثاني:أنّه يجب له [(١)] ؛لأنّه قد حقّق بيمينه أنّه /قطعه بإذنه، فكان له أجره. [(٢)]

وإذا قلنا:إنّ القول قول ربٍّ الثّوب فله الغُرْم عليه؛ [(٣)(٤)]لأنّه قد حقّق بيمينه أنّه قطع بغير أمره،وكم يَغْرَم؟.

فيه قولان: [(٥)]

أحدهما:[مابين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء ؛لأن قطع القميص مأذون فيه .

والثّاني] [(٦)] ما بين قيمته ثوباً صحيحاً ومقطوعاً قَبَاءً [(٧)] ؛لأنّا لو جعلنا قطع القميص مأذوناً فيه لأوجبنا فيه الأجرة . [(٨)]

---

(١) وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة وصحّحه الرُّوياني .
انظر/ الحاوي ٧/٤٣٧،المهذب ٢/٢٧٠، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣، حلية العلماء ٥/ ٤٥٢.

(٢) انظر/ الحاوي ٧/٤٣٧، المهذب ٢/٢٧٠،البيان ٧/٤٠٢.

(٣) عليه :ساقطة من ب.

(٤) وعليه فيجب أن يحلف بالله تعالى ما أمره أو أذن له بقطعه قباء ، نفياً لما ادّعاه .
- وقال بعض الشافعية: ينبغي أن يحلف كلٌّ واحد منهما على النفي والإثبات ،فعليه يجب على ربّ الثوب أن يحلف ما أمره أن يقطعه قَبَاءً ،ولقد أمره أن يقطعه قميصاً.
- ورجح الماوردي في الحاوي ،والروياني في بحر المذهب الأول .
انظر/ الحاوي ٧/٤٣٨، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٢، البيان ٧/٤٠٣.

(٥) وذكر الرافعي والنووي أنّهما وجهان .
انظر/ فتح العزيز ٦/١٦٠،الروضة ٥/٢٣٧.

(٦) [مابين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء ؛لأن قطع القميص مأذون فيه .والثاني]ساقط من أ.

(٧) وهو اختيار أبي إسحاق المروزي ،وصححه الإمام وغيره ،وقال الإسنوي إنّه الأصح .
انظر/ الحاوي ٧/٤٣٨،بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣، البيان ٧/٤٠٣،حلية العلماء ٥/ ٤٥٣، فتح العزيز ٦/١٦٠، الروضة ٥/٢٣٧،الروضة ٥/٢٣٧، مغني المحتاج ٢/٣٥٥.

(٨) والمذهب أنّه لا أجرة عليه ،وقيل فيه وجهان تفريعاً على تصديق الخيّاط.

وقال ابن أبي هريرة:[1]له الأجرة على قدر ما يصلح للقميص ممَّا قطع .[2]

وهذا ليس بشيء.

هذا [3] الكلام في القولين وتوجيههما.

فأمَّا إذا قلنا:إنّهما يتحالفان [4] فوجهه:

قوله ﷺ : ((**البيِّنة على المدَّعِي واليمين على المدَّعَى عليه**)) [5] وكلٌّ واحد منهما مدَّعٍ ومدَّعَى عليه. [6]

ولأنّهما في ذلك يشبهان المتبايعين. [7]

إذا ثبت هذا.

فإن حلف أحدهما دون الآخر حكم للحالف بموجب يمينه [8] ،وإن حلفا [9] حُكم بأنّه لا عقد بينهما ،فإذا حكم بذلك فلا أجرة للخيَّاط. [1]

=

انظر/ فتح العزيز ٦/١٦٠، الروضة ٥/٢٣٧.

[1] تقدمت ترجمته ص١٢٦.

[2] الوجه الثاني : أنَّ ما يصلح من القباء للقميص لم يضمنه ،وما لم يصلح ضمنه ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً .وصحح هذا الوجه جمع ،واختاره السبكي ،وقال لا يتجه غيره ،وهذا هو المعتمد كما قاله الشربيني .

-وعلى هذا في استحقاقه الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص من القطع وجهان :

الأول :نعم يستحق ،وهو اختيار ابن أبي هريرة ،وبه قطع البغوي ،وضعفه ابن الصباغ .

والثاني: المنع وهو الأصح ،ونقله العمراني عن نص الشَّافعيُّ .

انظر/ الحاوي ٧/٤٣٨، المهذب ٢/٢٧٠،بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣، حلية العلماء ٥/ ٤٥٣،البيان ٧/٤٠٣، فتح العزيز ٦/١٦٠، الروضة ٥/٢٣٧، مغني المحتاج ٢/٣٥٥.

[3] هذا :ساقطة من ب

[4] وهو الطريق الثالث كما تقدم ص٩١٦.

[5] تقدم تخريجه ص٢٨٨.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٤٣٩، البيان ٧/٤٠٣.

[7] انظر المرجعين السابقين .

[8] انظر/ الحاوي ٧/٤٣٩، البيان ٧/٤٠٣.

[9] وكيفية اليمين بالنسبة للخياط ،ورب الثوب تقدمت في ص٩١٩.

وهل:يجب عليه الضَّمان ؟.

فيه قولان:

أحدهما:لا يجب [٢] ؛لأنّ كلّ واحد منهما قد حقّق بيمينه ما يدَّعيه ،فوجب أن يبرأ كل واحد منهما / من صاحبه . [٣] [٤]

والثاني:عليه الضَّمان ، [٥]كالمتبايعين إذا تحالفا ،فإنّه يجب ردُّ المبيع إن كان باقياً ،أو قيمته إن كان تالفاً ، [٦] فإذا قلنا :عليه الضَّمان ،فما ذلك الضَّمان؟.

على قولين،قد ذكرناهما [٧].

وكلُّ موضعٍ قلنا :للخيَّاط الأجرة ،فعليه تسليم الثَّوب مخيطاً؛[٨]لأنّ الخيوط إن كانت لربِّ الثّوب فهو أحقُّ بها، وإن كانت من عند الخيَّاط ،فقد صارت تابعة لعمله.[٩]

=

[١]انظر/ الحاوي ٤٣٩/٧، المهذب ٢٧٠/٢، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣،الوجيز ٢٣٨/١،البيان ٤٠٣/٧،الروضة ٢٣٨/٥،حلية العلماء ٥/ ٤٥٣.

[٢]وهو الأظهر وهي رواية المزني في الجامع الكبير .

انظر/ المهذب ٢٧٠/٢، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣،حلية العلماء ٥/ ٤٥٣،فتح العزيز ١٦١/٦،الروضة ٢٣٨/٥.

[٣]قوله (من صاحبه)بداية ٨/ل/٧٣أ من ب.

[٤]انظر/ المهذب ٢٧٠/٢،البيان ٤٠٤/٧.

[٥]انظر/ المهذب ٢٧٠/٢، بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣،حلية العلماء ٥/ ٤٥٣،البيان ٤٠٤/٧،فتح العزيز ١٦١/٦.

[٦]انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣.

[٧]ص٩١٩.

[٨]انظر/ البيان ٤٠٣/٧، فتح العزيز ١٦١/٦.

[٩]انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٣،الروضة ٢٣٧/٥.

وكلُّ موضع قلنا: لا أجرة له ،فإنّه يُنْظَر:

فإن كانت الخيوط من مال ربِّ الثّوب لم يكن للخيّاط نقض الخياطة [1] .

وإن كانت للخيَّاط فله نقضها [2] ،فإن أراد ربُّ الثّوب أن يدفع إليه ثمنها لم يجبر عليه [3] ؛لأنّه لا يجبر على بيع ماله [4] ،وكذلك لو قال:أنا أَصِلُ في أطرافها خيوطاً ؛لتبقى الخياطة كما هي، إذا سلَّ الخيَّاط خيوطه لم يلزم ذلك [5] ؛لأنّها ملك الغير فلا يجوز الانتفاع به بغير إذنه . [6]

ولأنّه لا يملك أن يصل ملكه بملك غيره بغير أمره،[7][8] والله أعلم بالصَّواب.[9]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٢،البيان ٧/٤٠٤.

[2] انظر/ فتح العزيز ٦/١٦١، الروضة ٥/٢٣٧.

[3] أي لم يجبر الخيَّاط على قبول الثمن من رب الثوب .
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٢،البيان ٧/٤٠٤.

[4] انظر المرجعين السابقين .

[5] انظر/ البيان ٧/٤٠٤، فتح العزيز ٦/١٦١، مغني المحتاج ٢/٣٥٥.

[6] انظر/ البيان ٧/٤٠٤.

[7] في ب (إذنه).

[8] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ٢٠٢،فتح العزيز ٦/١٦١.

[9] بالصَّواب :ساقطة من ب.

فصل

إذا استأجر بهيمة ليركبها مسافة معلومة ،مثل أن يكون أكراها لقطع مسافة إلى ناحية الكوفة، فسار بها إلى ناحية خُراسان؛ قال أبو إسحاق :[1] :إن كانت المسافتان سواء في السهولة والحزونة [2] كان له أن يقطع أيَّهما شاء، ولا يتعيَّن عليه إحداهما، ولا يضمنها إن تلفت [3] ،وهذا كما قلنا :لو اكتراها لحمل شيء كان له أن يحمِّلها ما هو من جنسه في مقداره، و لا يتعيَّن عليه ذلك الشيء ،[4] فكذلك هاهنا لا يتعَّين عليه إحدى المسافتين.

---

[1] المروزي تقدمت ترجمته ص١٤٠.

[2] وأيضاً إذا كانت سواء في الأمن أما إذا كانت إحدى المسافتين أحزن ،أو أخوف ضمن .

انظر/ المهذب ٢٥٧/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٦٩،البيان ٣٥٢/٧.

[3] انظر المراجع السابقة و لم أعثر فيما اطلعت عليه على من نقله عن أبي إسحاق.

[4] كما تقدم في ص٩٠٩.

[١٤٤] مســــألــة

قال الشَّافعيُّ رحمه الله : ((لَوِ [(١)] اكْتَرَى دَابَّةً فَحَبَسَها قَدْرَ الْمَسِيرِ فَلا شَـــيْءَ عَلَيْهِ، وإنْ حَبَسَهَا أكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ القَدْرِ [(٢)] ضَمِنَ [(٣)])).

وهذا كما قال.

إذا اكترى منه بهيمة ؛ليقطع بها مسافة، فأمسكها قدر قطع المسافة،و لم يسيرها فيـــها استقَّرت عليه /الأجرة. [(٤)]

٦/ل

وقال أبو حنيفة:لا تستقرُّ عليه حتَّى يسيِّرها في بقاع تلك المسافة ،وقـــد تقدَّمـــت [هذه] [(٥)] المسألة . [(٦)]

إذا ثبت هذا.

---

(١) في المختصر المطبوع (ولو).

(٢) في المختصر المطبوع (قدر ذلك).

(٣) مختصر المزني ص ١٣٩.

(٤) وفرق الماوردي في الحاوي بين من أمسكها لعذر ومن أمسكها لغير عذر فإن أمسكها لعذر فهو علـــى ثلاثة أقسام :

١-عذر يعود للدَّابة لمرضها فلا أجرة عليه على المستأجِر ؛لأنَّه ممنوع من استيفاء حقّه بنفسه وبغيره .

٢-عذر يعود إلى المستأجِر، كمرض أو حبس، فعليه الأجرة ؛لأنَّه له أن يستوفي ذلك بغيره .

٣-عذر يعود إلى الطريق، كخوف، أو جدب فهو كما لو كان العذر في الدابة لكون العذر في الحالين مـن غير المستأجر ،فصار ممنوعاً من استيفاء حقّه ،وأمَّا إذا لم يكن عذر وجبت عليه الأجرة . الحـاوي ٧/ ٤٣٩-٤٤٠.

- وأوجب البغوي والرافعي والنووي الأجرة عليه سواء كان أمسكها لعذر أو لغير عذر .

انظر/ التهذيب ص٢٣٢،فتح العزيز ٦/١٧٥،الروضة ٥/٢٤٧،مغني المحتاج ٢/٣٥٨.

(٥) [هذه]زيادة من ب.

(٦) ص ٨٢٠.

فإذا انقضت المدَّة في الإجارة واستوفى المكري حقّه ،أو لم / يستوفه[1]، وأمسك البهيمة بعد مضيِّ المدَّة،فهل يصير ضامناً لها؟ وهل تجب عليه مؤونتها ؟،ومؤونة الرَّد بعد الاستيفاء أم لا؟. [2]

اختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال: يجب عليه الرَّد بعد مضي المدَّة ،ومؤونة الرَّد ،فإن أمسكها وقد أمكنه الرَّد على حسب العرف والعادة ضمن [3] ،قال: وهو الظَّاهر من كلام الشَّافعي رحمه الله ؛لأنّه قال:وإن حبسها أكثر من ذلك القدر ضمن . [4]

ووجهه: أنّ المكري إنّما أذن له في إمساك البهيمة مدة الإجارة ،فالإذن متناول له ذلك القدر دون ما عداه ،فما بعد المدَّة غير مأذون له في إمساكه،ومن أمسك شيئاً

---

[1] قوله (يستوفه)بداية ٨/ل/٧٣ب من ب.

[2] ونقل العمراني والرافعي والنووي عن المصنف قوله في المجرد :إنّه لو شرط عليه الردّ لزمه الردّ بلا خلاف.

ومنعه ابن الصباغ ،وقال : من لا يوجبه عليه ينبغي أن لا يجوز شرطه ،فإذا شرطه بطل العقد .

انظر/ البيان ٣٤٨/٧، فتح العزيز ١٤٦/٦، الروضة ٢٢٦/٥.

- وفصل الماوردي في الحاوي بين أن يكون أمسكها لعذر أو لغير عذر .

فإن أمسكها لغير عذر فلا يخلو حاله من أربعة أقسام .

١-أن يطالبه المؤجر بها فيمنعه منها ،فهذا غاصب عليه أجرة المثل في مدة حبسها وضمانها إن تلفت .

٢- أن يطالبه المؤجر بها فيستنظره فيها فينظره مختاراً ،فهذا في حكم المستعير يضمن الرقبة ضمان العارية ولا يضمن الأجرة .

٣-أن يبذلها المستأجر فلا يقبلها المؤجر ،فهذا في حكم الوديعة لا يضمن الرقبة ،ولا الأجرة إلا أن يركبها فيصير متعدِّياً فيضمن الأمرين .

٤-أن لا يكون من المستأجر رد ولا من المؤجر طلب ،وهذا القسم الذي فيه الخلاف .

انظر/ الحاوي ٤٤٠/٧

[3] وهو اختيار الإصطخري ،وهو ظاهر النص .

انظر/ الحاوي ٤٤٠/٧، البيان ٣٤٨/٧، الوسيط ١٨٧/٤،فتح العزيز ١٤٥/٦-١٤٦،الروضة ٢٢٦/٥.

[4] مختصر المزني ص ١٣٩.

بغير إذن صاحبه وأمكنه الردّ فلم يرد ضمن [1] ، كما لو طرحت الرِّيح ثوباً إلى دار إنسان، وعرف صاحبه فم يردّه ،وقد أمكنه الردُّ ضمنه [2] ،وكذلك لَمّا كان ممسكاً للمغصوب بغير إذن صاحبه لزمه ردُّ ،ومؤونة ردّه، وكان ضامناً له . [3]

ومن أصحابنا من [قال] [4] لا يصير ضامناً لها ،ولا يجب عليه ردُّها، ولا مؤونة ردّها، وأكثر ما يلزمه أن يرفع يده عن البهيمة إذا أراد صاحبها أن يسترجعها. [5]

والدليل على ذلك:أنّها أمانة في يده فلم يجب عليه ردُّها ،ومؤونة ردّها، [6] كما قلنا في الوديعة [7] ،وتأوّل هذا القائل كلام الشّافعي رحمه الله على أنّ صاحبها إذا طالبه بردّها، فلم يردَّ صار ضامناً لها. [8]

---

[1] انظر/ المهذب ٢/٢٥٥، البيان ٧/٣٤٨.

[2] انظر/ البيان ٧/٣٤٧.

[3] كما تقدم في كتاب الغصب ص١٨٩.

[4] [قال] ساقطة من أ.

[5] وهو الأصح .

انظر/ الحاوي ٧/٤٤٠، البيان ٧/٣٤٨، الوجيز ١/٢٣٧،فتح العزيز ٦/١٤٥،الروضة ٥/٢٢٦.

[6] انظر/ الحاوي ٧/٤٤٠، البيان ٧/٣٤٨، الوجيز ١/٢٣٧.

[7] انظر/ البيان ٧/٣٤٨،فتح العزيز ٦/١٤٥.

[8] انظر/ الحاوي ٧/٤٤٠.

فصل

إذا استأجر داراً ليتَّخذها مسجداً يصلِّي فيه جاز، وصحَّ عقد الإجارة .[1]

وقال أبو حنيفة: لا يصحُّ العقد .[2]

واحتجَّ من نصره:-

بأنّ الصَّلاة لا تُستحقُّ بعقد الإجارة ،فلم تجز الإجارة لها، [3]أصله إذا استأجره امرأة ليزني بها .[4]

ودليلنا:-

أنّه فعل جائز ،فجاز الاستئجار له ،أصله:الخياطة وغيرها من الأعمال.

ولأنّه إذا جاز الاستئجار للخياطة وغيرها وليست مما ندب إليه ،ولا وجب فعله فلأن تجوز للصَّلاة التي هي واجبة، أو مندوبة إليها أولى .[5]

---

[1] انظر/ البيان ٢٩٠/٧،فتح العزيز ١١٤/٦،الروضة ١٩٩/٥، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٨٠/٢،رحمة الأمة ص٣٤٨،جواهر العقود ٢٧٢/١.

[2] انظر/ المبسوط ٣٨/١٦-٣٩، البحر الرائق ٢٣/٨،مختصر اختلاف العلماء ١٣١/٤.

[3] وبناه الحنفية على أصلهم ،وهو عدم جواز الاستئجار على الطاعة .
انظر المراجع السابقة .

[4] و لم أجد من الحنفية من بناءه على هذا الأصل .

[5] انظر/ البيان ٢٩٠/٧.

ولأنّ أبا حنيفة /زعم أنّه [(١)] لو استأجر داراً ليجعلها بِيعة، [(٢)]أو كَنيســـة،[(٣)] [(٤)] أو ليبيع فيها الخمر صحَّ، [(٥)]فإذا صحَّ ذلك مع كونه محَّرماً ، فلأن يصحُّ لما هو قربـــة أولى.

ولأنّه إذا استأجر ثوباً ليصلّي فيه صحَّ، فكذلك استئجار الموضع،ولا فرق بينهما.

فأمَّا الجواب عمَّا قالوه فهو:أنَّه يبطل باستئجار السَّطح للنوم في الصيف، فإنّه يصحُّ، والنَّوم لا يستحقُّ بعقد الإجارة.

ولأنّ فعل الصلاة إنّما لم يُستَحقَّ بعقد الإجارة؛لأنّه لا فائدة فيها إلا للمصلّي ؛فلهذا لم يصحَّ،وليس كذلك الموضع فإنّ في استئجاره للصلاة فائدة لهما فافترقا . [(٦)]

---

(١) قوله (زعم أنّه) بداية ٨/ل/٧٤أ من ب.

(٢) البِـيعةُ، بالكسر: كَنِـيسةُ النصارى، وقـيل: كنـيسة الـيهود، والـجمع بِـيَعٌ.
انظر /لسان العرب ٢٦/٨،القاموس المحيط ص٦٣٥.

(٣) الكَنِـيسَةُ :جمعها كَنائِس، وهي معرَّبة أصلها كُنِشْتْ،وهي مُتَعَبَّد اليهود أو النصارى أو الكُفَّار .
انظر /القاموس المحيط ص ٥١٤،لسان العرب ١٩٩/٦.

(٤) إذا استأجر الذمي من الذمي أو من المسلم بيتاً يجعلها بيعة يصلي فيها ،فالمذهب عند الحنفية عدم جـواز العقد .
انظر/ المبسوط ١٦/ ٣٨، بدائع الصنائع ١٩/٤.

(٥) أما إذا استأجر داراً ليبيع فيها الخمر .
فذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن : أنَّ هذا العقد لا يجوز ولا أجرة له .
وذهب أبو حنيفة إلى جوازه ،وسيأتي كلام المصنف عليه .
انظر/ المبسوط ٣٨/١٦، البحر الرائق ٢٠/٨

(٦) وبنحوه في البيان ٢٩٠/٧.

فـــصـــل

إذا استأجر بيتاً ليتخذه مَاخُوْراً [1] لم يصح . [2]

وقال/ أبو حنيفة: يصحّ، وكذلك إذا استأجره ليتخذه كنيسة أو بِيْعَة . [3] .

٦/ل/٧٣ب

واحتجَّ بأنّ العمل لا يتعيَّن بشيء دون شيء، فإذا استأجره لهذا [4] صحَّ، ولا يجوز أن يعمل ذلك فيه، ويعمل غيره مما هو مباح، [5] كما إذا استأجر أرضـاً ليزرعـها حنطة ؛ فإنّه يجوز أن يزرعها حنطة وما ضَرَرُه ضرَر الحنطةِ ، [6] فكذلك هاهنا.

ودليلنا:

أنّه فعل محرَّم ؛ فلم يجز عقد الإجارة عليه ، كما إذا استأجر امرأة ليزني بها.

والذي ذكروه يبطل بهذا.

ولأنّه يلزمهم أن يقولوا: أنّه إذا استأجر امرأة ليزني بها أنّه يصح، ويستعملها في غـيره من الغسل والطَّبْخ وغيرهما.

وكذلك يلزمه عليه إذا استأجر البيت للصَّلاة، وإذا استأجره ليقتل له رجلاً بغير حـقٍّ [أنْ يصح] [7] ويقتل له من يستحقُّ قتله.

---

[1] الـماخُورُ: بَـيْتُ الرِّيبة، ومَواخِيرُ، جمع ماخُورٍ، وهو مَـجْلِسُ الرِّيبَةِ ومَـجْمَعُ أَهْلِ الفِسْـقِ والفَسادِ وبُـيوتُ الـخَمَّارِينَ، وهو تعريب(مَيْ خُور)، وقـيل: هو عربـي لتردّد الناس إلـيه من مَخْرِ السفـينةِ الـماءَ.

انظر / لسان العرب ١٦١/٥.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.

[3] وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن لا يجوز .كما تقدم في المسألة السابقة .

انظر/ المبسوط ٣٨/١٦، مختصر اختلاف العلماء ١٣١/٤.

[4] أي ليتخذ بيته ماخوراً .

[5] انظر/ المبسوط ٣٨/١٦ .

[6] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.

[7] في أ(لم يصحَّ).

فـــــصـــل

إذا استأجره لينقل له خمراً من موضع إلى موضع لم يصح عقد الإجارة .[١]

وقال أبو حنيفة:يصحُّ .[٢]

واحتجَّ من نصره:

بأنّه يجوز أن يكون استأجره لينقلها إلى الصحراء للإراقة،وكذلك إذا اســـتأجره [٣] لينقل ميتة حتى يطرحها في الصحراء،فإنّه يجوز،[٤] فكذلك هاهنا.

ودليلنا:

أنّه استئجار لفعل محرَّم ، فلم يصحَّ [٥] ،أصله:إذا استأجر امرأة ليزني بها. [٦]

فإن قالوا:لا نسلِّم أنّه حرام . [٧]

---

(١) لا يجوز عند الشافعية الاستئجار لنقل الخمر ،إلا إذا استأجره لكي يريقها ،أو استأجره لكي ينقل الميتـة إلى المزبلة .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٨،البيان ٢٨٨/٧-٢٨٩،فتح العزيز ١٠٩/٦، الروضة ١٩٤/٥-١٩٥،المعـاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٨٠/٢.

(٢) وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أنّه لا يصح .

انظر/ المبسوط ٣٨/١٦،بدائع الصنائع ٤١/٤.

-وهذا إذا كان الأجير مسلماً أما لو استأجر الذمي الذمي لحمل خمرٍ أو ميتة جاز عندهم.

انظر/ المبسوط ٣٩/١٦.

(٣) قوله (لينقلها إلى الصحراء للإراقة،وكذلك إذا استأجره) ساقط من ب.

(٤) انظر/ المبسوط ٣٨/١٦،بدائع الصنائع ٤١/٤.

(٥) انظر/ البيان ٢٨٨/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.

(٦) انظر/ بدائع الصنائع ٤١/٤،بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.

(٧) وذلك أنّهم قالوا: إنَّ نفس الحمل ليس بمعصية ؛بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح، وكذا ليـــس بسبب للمعصية وهو الشرب ؛لأنَّ ذلك يحصل بفعل فاعل مختار، وليس الحمل من ضرورات الشـرب فكانت سبباً محضاً فلا حكم له، كعصر العنب ،وقطفه. بدائع الصنائع ٤١/٤.

فالجواب:أنّ الدليل على تحريمه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: ((**لعـــن [الله]** [١] **الخمر ،ولعن/ عاصرها**[٢] **،ومعتصرها ،وبائعها ،ومبتاعها ،وحاملـــها ،والمحمولـــة إليه))** [٣] فدلّ على أنّ الخمر محرّم .[٤]

فإن قيل:يحتمل أن يكون نقلها إلى الصحراء للإراقة، أو للتخليل ،وإذا كان ذلـــك محتملاً جاز عقد الإجارة عليه .[٥]

قيل:النقل للتخليل لا يجوز عندنا[٦]لما روي أنّ أبا طلحة [٧] سأل النبيَّ ﷺ عـــن أطفال في حجره وَرِثُوا خَمْرَاً فقال:أهْرِقْهَا.فقال:ألا أخلّلها؟قال:لا)). [١]

---

[١] لفظ الجلالة [الله] ساقط من أ.

[٢] قوله:(عاصرها) بداية ٨/ل/٧٤ ب من ب.

[٣] تقدم تخريجه في ص٢٥٦.

[٤] وحمل الحنفية الحديث على الحمل بنية الشرب.
انظر/ بدائع الصنائع ٤١/٤.

[٥] انظر/ المبسوط ٣٨/١٦.

[٦] وذلك أن تخليل الخمر بخبز أو خميرة أو غير ذلك مما يلقى فيها لا يجوز عند الشافعية ،أمّا لو أمســـكها فتخللت من غير فعل منه طهرت .
وحكي وجه: أنّه لو أمسك غير المحترمة-وهي التي اتخذ عصيرها ليصير خمراً- فتخللت لم تطهر .
وحكى الإمام عن بعضهم: أنّه لا يجوز إمساك المحترمة - وهي التي اتخذ عصيرها ليصير خلاً ،وإنّما كانت محترمة؛ لأنّ اتخاذ الخلّ جائز بالإجماع -بل طريقه أن يعرض عن العصير إلى أن يصير خلاً، فإن اتفـــق رؤيته إيّاه خمراً أراقه،وهذان شاذان منكران.
-أمّا إذا نقلت من الشمس إلى الظل أو من الظل إلى الشمس ففي طهارتها وجهان أصحهما تطهر .
انظر/شرح صحيح مسلم للنووي ١٣٠/١٣، الروضة ٧٢/٤-٧٣.
-ويجوز تخليل الخمر عند الحنفية .
انظر/ المبسوط ٧/٢٤،بدائع الصنائع ٢٧٩/٤.

[٧] أبو طلحة الأنصاري صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بنى أخواله، وأحد أعيان البدريـــين وأحد النقباء الإثني عشر ليلة العقبة ، واسمه زيد بن سهل بن الأسود بن حرام بن عمرو بن زيد مناة بن عدي بن عمرو بن مالك بن النجار الخزرجي النجاري ،روى عنه ربيبه أنس بن مالك ،وزيد بن خالد
=

ولا يحتمل أن يكون النقل للإراقة في الصَّحراء؛لأنّه لو أراد إراقتها لأراقها في مكانهـا
ولم يستأجر لها من يريقها في الصَّحراء.
ولأنّ من عادته شربها فإنّ الظّاهر أنّه ينقلها ، لما جرت عادته به ،فيجب أن يكرهـه
في حقّه،وقد قال أبو حنيفة:أنّه يكره بيع السّلاح أيّام الفتن [2] ، ويكره بيعه مـن
الكفّار ،وإذا كان هكذا بطل هذا السُّؤال.
ولأنّ المعنى في نقلها للإراقة، أو نقل الميتة،أنّه واجب ،أو مندوب إليـه ،أو مبـاح
،وهاهنا محرَّم [3] ،والله أعلم.

=

الجهني ،وابن عباس، وابنه أبو إسحاق عبد الله بن أبي طلحة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم نيفـا وعشرين حديثاً منها في الصحيحين حديثان ،وتفرد البخاري بحديث ومسلم بحديث، مات سنة أربـع وثلاثين، وقال خليفة وحده سنة اثنتين وثلاثين ،وصلى عليه عثمان ،وقيل مات سنة إحدى وخمسين .
انظر/ سير أعلام النبلاء ٢/٢٧-٣٤.
و انظر/ التاريخ الكبير ٣/٣٨١، معجم الصحابة ١/٢٣١،الطبقات لابن الخياط ص٨٨.

[1] أخرجه عن أنس بن مالك أبو داود في كتاب الأشربة باب ما جاء في الخمر تخلل :أنّ أبا طلحة سـأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمراً قال : (أهرقـها) ،قـال: أفـلا أجعلـها خـلاً قال: (لا)٣/٣٢٦،برقم (٣٦٧٥).
والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٣٧.
والدارقطني ٤/٢٦٥.
والطبراني في المعجم الكبير ٥/٩٨.
وأصل الحديث في مسلم كتاب الأشربة باب تحريم تخليل الخمر عن أنس أنّ النبي صلى الله عليه وسـلم سئل: عن الخمر تتخذ خلاً؟ فقال: لا) . ١٣/١٣٠،برقم (١٩٨٣).
و انظر/ تلخيص الحبير ٣/٣٥ ،والدراية في تخريج الهداية ٢/٢٥٢-٢٥٣ .

[2] انظر/ الجامع الصغير ص٣١٩، بدائع الصنائع ٤/٤٨١.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.

فـــصـــل

إذا استأجره لخياطة ثوب،وقال له:إن خطته اليوم فلك درهم،وإن خطته غداً فلك نصف ،فإنّ العقد فيهما باطل جميعاً. [1]

وقال أبو حنيفة:يصحُّ فإن خاطه اليوم الأول استحقَّ الدرهم،وإن خاطه في اليوم الثاني كان له أجرة المثل [2] ما بين الدِّرهم والنصف ،فلا /يزاد على الدِّرهم ولا ينقص من النصف . [3]

٦/ل١٧٤أ

وهذا غير صحيح على أصلنا؛لأنّ قَدْرَ الزّمان والعمل مشروطان في اليوم الأول، وهما لا يجتمعان . [4]

وأمّا في اليوم الثّاني ، فإنّه لا يصحُّ ؛لأنّه شرط تأخير العمل في عقد الإجارة . [5]

---

[1] وله أجرة المثل في أي يوم خاطه .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٧، حلية العلماء ٥/ ٣٤٧، فتح العزيز ٦/٨٥، الروضة ٥/١٧٥ .

[2] في ب (مثله) .

[3] قال أبو حنيفة الشرط الأول صحيح، والثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله .

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان.

ودليل أبي حنيفة : أنّه سمى في اليوم الأول عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً وفساد الشرط الثّاني لا يؤثّر في الشرط الأول كمن عقد إجارة صحيحة وإجارة فاسدة .

واستدل أبو يوسف ومحمد على صحة العقد في اليوم الثاني على نحو ما ذكر في اليوم الأول وهو أنّه سمَّى في اليوم الثاني عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً ،كما في الأول ،فلا معنى لفساد العقد فيه، كما لا يفسد في اليوم الأول. بدائع الصنائع ٤/٣٥.

و انظر/ الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ص٤٤٣، المبسوط ١٥/١٠٠.

[4] كما تقدم ص٨١٨-٨١٩.

[5] وقال الروياني في بحر المذهب (لأنّه عقد واحد فإذا اختلف فيه العوض بالتأخير والتقديم كان فاسداً،كما لو قال :آجرتك هذا بدرهم نسيئة أو بنصف درهم نقداً) ٩/ل ١٧٨.

فــــصــــل

إذا استأجره لخياطة ثوب فقال له:إن خِطتَه رومياً -وهـــو بغَرْزتـــين- [1] فلـــك درهمان،وإن خِطْتَه فارسيّاً- وهو بغَرْز واحد -فلك درهم؛ فإنّه لا يصــــحُّ فيـــهما جميعاً . [2]

وقال أبو حنيفة:يصحُّ ،كما يصحُّ عندي[3]إذا اشترى أحد هذين العبدين على أنّـــه بالخيار ثلاثة أيّام . [4]

وهذا عندنا / غلط[5]؛لأنّه عقد على إحدى المنفعتين لا بعينهما ،فوجب أن يكـــون باطلاً، [6]كما إذا شرط له أحد عبيده الأربعة . [7]

---

[1] غرز : غَرَزَ الإِبْرَةَ فــي الشيء غَرْزاً و غَرَّزَها: أَدخـــلها. وكلّ ما سُمِّرَ فــي شيء فقد غُــرِزَ و غُرِّزَ، و غَرَزْتُ الشيءَ بالإِبرة أَغْرِزُه غَرْزاً .

انظر/ لسان العرب ٥/٣٨٦.

[2] فإن خاطه على صفة كان له أجر المثل .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٧، حلية العلماء ٥/ ٤٣٩، فتح العزيز ٦/٨٥،الروضة ٥/١٧٥،مغني المحتـــاج ٢/٣٤٠

[3] في ب (عنده).

[4] وأي الثوبين خاط استحق الأجرة ،ويصح إذا خيره بين شيئين ،أو ثلاثة أشياء وإن خيَّره بين أربعة أشياء لم يجز.

انظر/ الكتاب وشرحه اللباب ٢/٩٧،المبسوط ١٥/١٠٠، بدائع الصنائع ٤/٣٦،الهداية وشرحها تكملة فتح القدير ٩/١٣٠.

[5] قوله (غلط) بداية ٨/ل/٧٥أ من ب.

[6] وذلك للجهالة .

انظر/ مغني المحتاج ٢/٣٤٠.

[7] فإنّه لا يجوز عند الحنفية ،بخلاف ما لو شرط له أحد عبيده الثلاثة أو أقل فإنّه يجوز ،كما تقدم في التعليق رقم(٤).

ولأنّه إذا قال: بعتك هذا بدرهم نقداً، أو بدرهمين نسيئةً ،فإنّه لا يجوز ،وكذلــك إذا قال: أجرتك بدرهم نقداً ودرهمين نسيئة فإنه لا يصحُّ .[1]

والذي قاله يبطل ما ذكرناه،والله أعلم.

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٧.

فصل

هل تجوز إجارة الدَّراهم والدَّنانير؟ [1]

على وجهين:

أحدهما: لا تجوز [2] ؛لأنّ الانتفاع بها بإتلاف عينها، والأعيان لا يجوز استباحتها بعقد الإجارة [3] ؛ولهذا قلنا: لا تجوز إجارة الطعام؛لأنّ الانتفاع به بإتلاف عينه [4] ؛ولهذا أيضاً قلنا:لا تجوز إجارة الشَّمع لذلك.

ولأنّه لو جاز إجارتها لوجب على غاصبها أجرة مثلها إذا أمسكها مدَّة لها أجرة. [5]

والثَّاني: تجوز [6] ؛ لأنّها يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ،وهو أن يُعِيرَها ويسترجعها ،أو يتجَمَّل

---

[1] إجارة الدراهم والدنانير إن أطلق العقد فباطل ،وإن صرح بالاستئجار للتزيين والتَجَمُّل فوجهان .
انظر/ المهذب ٢٤٤/٢، البيان ٣١١/٧، الروضة ١٧٧/٥، مغني المحتاج ٣٣٦/٢.

[2] وهو الأصح .
انظر/ الوجيز ٢٣١/١،البيان ٢٩٢/٧،فتح العزيز ٨٩/٦، الروضة ١٧٧/٥، المنهاج و مغني المحتاج ٣٣٥/٢.

[3] انظر/ البيان ٢٩١/٧.

[4] إذا استأجر الطعام لتزيين الحوانيت، ،فتبطل الإجارة على المذهب ،وقيل فيه الوجهان اللذان في الدنانير .
انظر/ الوجيز ٠٣١/١،البيان ٢٩٠/٧،فتح العزيز ٨٩/٦، الروضة ١٧٧/٥.

[5] انظر/ الحاوي ٣٩١/٧، المهذب ٢٤٤/٢، البيان ٢٩٢/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.

[6] انظر/ فتح العزيز ٨٩/٦، الروضة ١٧٧/٥،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٨١/٢، مغني المحتاج ٣٣٦/٢.

بها بأن يكون صَيْرَفِيًّا،[1] فيضعها بين يديه ليرغب النّاس في معاملته ويثقوا إليه.[2]

فإذا ثبت هذا.

فإذا قلنا: لا يجوز إجارتها فلا كلام.

وإذا قلنا: تجوز فإنّه يحتاج إلى تعيين المنفعة بها؛لأنّه إن استأجرها ليعير بها ؛فإنّها تنقص،وإن استأجرها لغيره لم يضرَّها ،فلمَّا اختلفت جهة الانتفاع احتاج إلى التعيين فإن عيَّن صحَّ،وإن لم يعين لم يصحَّ و لم يكن إجارة ولا قرضاً.[3]

وقال أبو حنيفة: يكون قرضاً [4] ؛لأنّ دراهم الغير ودنانيره لا ينتفع بها في العادة،إلا قرضاً ، فإذا أطلق الانتفاع رجع إلى العرف والعادة .[5]

وهذا غير صحيح؛لأنّ كلّ ما لو عيَّنه صحت الإجارة ،[فإذا أطلق الإنتفاع به لم يكن قرضاً] [6] ، أصله:إذا أكرى بهيمة وأطلق الانتفاع بها.

---

[1] الصَّيْرَفِيُّ والصَّيْرَفُ والصَّرَّافُ : النقّادُ من المُصارِفة وهو من التَّصَرُّفِ، والجمع صيارِفُ و صَيارِفةٌ، والهاء للنسبة، وقد جاء في الشعر الصَّيارِفُ. لسان العرب ٩/١٩٠.
و انظر/ القاموس المحيط ص٧٤٤.

[2] ونقل اختيار المصنف لهذا الروياني في بحر المذهب ٩/ل ١٨٨.
و انظر/ المهذب ٢/٢٤٤،البيان ٧/٢٩١،المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة٢/٨١.

[3] انظر/ فتح العزيز ٦/٨٩،الروضة ٥/١٧٧.

[4] لا يجوز استئجار الدراهم والدنانير عند الحنفية ،وإذا استأجرها يكون قرضاً ،إلا أنّه إذا استأجرها ليعير بها مكيلاً ،فذكر في الأصل : وهو ظاهر الرواية أنّه يجوز ،وذكر الكرخي :أنّه لا يجوز ؛لأنّ هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الأعيان وإذا كان لا يجوز استئجارها للمنفعة التي هي مقصودة منها فلأن لا يجوز استئجارها للمنفعة التي هي غير مقصودة منها أولى.
انظر/المبسوط ١٦/٣١-٣٢، بدائع الصنائع ٤/١٧.

[5] وبنحوه في المرجعين السابقين .

[6]،[فإذا أطلق الانتفاع به لم يكن قرضاً] ساقطة من أ.

فأمّا قوله: إنّ الإطلاق يرجع إلى العادة.

فالجواب عنه: أنّه يرجع إليها إذا كان موافقاً لها، وأمّا [1] إذا كان اللفظ مخالفاً لها لم يرجع الإطلاق إلى العادة.

---

[1] في ب(فأما).

فـــصـــل

في إجارة الكلب/ للصَّيد [1]والحِراسة **وجهان:** [2]

٦/ل/٧٤ب

أحدهما: يجوز [3]؛لأنّ الانتفاع به على هذا الوجه مقصودا ؛فكان العقـــد/ جـــائزاً كالفهد . [4]

والثّاني: لا يجوز [5]؛لأنّه لا يملك رقبته ،ولا منفعته [6]،ويخالف الفهد ،فإنّه مملوك فجاز إجارته . [7]

إذا ثبت هذا.

فجملته: أنّ كلّ عين يجوز الانتفاع بها ولها بدل، [8] فإنّه يجوز إجارتها ، [9] مثـــل: البهائم ،والعقار ،والأواني ،والفرش ،والثياب، وغيرها؛لأنّها أعيان لها أبـــدال فمـــن أتلف منها شيئاً لزمه الضَّمان.

---

[1] قوله(للصَّيد)بداية ٨/ل/٧٥ ب من ب.

[2] بناء على اختلاف الشافعية في منفعة الكلب ؛هل هي مملوكة أو مستباحة ؟

انظر/ الحاوي ٤١١/٧، الإبانة ل ١٦٨.

[3] وذلك إذا قلنا: إن منفعة الكلب مملوكة .

انظر المرجعين السابقين .

و انظر/ المهذب ٢٤٣/٢، البيان ٢٨٩/٧، الوجيز ٢٣٠/١، فتح العزيز ٩٠/٦، الروضة ١٧٩/٥.

[4] انظر /البيان ٢٨٩/٧، الوجيز ٢٣٠/١، فتح العزيز ٩٠/٦.

[5] وهذا إذا قلنا: إن منفعة الكلب مستباحة ،وعليه فالعقد باطل وهو الأصح .

انظر/ الحاوي ٤١١/٧، المهذب ٣٤٣/٢، البيان ٢٨٩/٧، فتح العزيز ٩٠/٦،الروضة ١٧٨/٥.

[6] انظر/ الحاوي ٤١١/٧، المهذب ٣٤٣/٢، البيان ٢٨٩/٧.

[7] انظر/ المهذب ٢٤٣/٢، البيان ٢٨٩/٧، فتح العزيز ٩٠/٦.

[8] أي لها قيمة .

[9] انظر/ الحاوي ٣٩١/٧.

وكلُّ عين يجوز الانتفاع بها ،وليس لها بدل كـــالكلب ،فـــإنّ في جـــواز إجارتـــه وجهين. [1]

وكلُّ عين لها بدل وينتفع بها انتفاعاً غير مقصود ،ففي إجارتها أيضاً وجـــــهان ، [2] وذلك مثل إجارة الشَّجر ليبسط عليـــها الثِّيـــاب [3] ،ومثـــل إجـــارة الدَّراهـــم والدنانير؛لأنّ التجمُّل بها ليس بمقصود . [4]

وأمَّا إجارة الحبل ليبسط الثِّياب عليه فإنّه يجوز قولاً واحداً . [5]

وكذلك إجارة السِّنَّوْر [6] لاصطياد الفأر؛[7]لأنّ هذا مقصود.

---

[1] تقدما في الصفحة السابقة .

[2] انظر/ الحاوي ٣٩١/٧.

[3] لأن بسط الثياب ليس مقصوداً .

[4] كما تقدم ص٩٣٧.

[5] ونقله العمراني عن ابن الصباغ لأنَّ هذه منفعة مقصودة .البيان ٢٩٢/٧.
و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٩.

[6] السِّنَّوْرُ :الهِرُّ وجمعه السَّنَانِـــيرُ .
انظر/ لسان العرب ٣٨١/٤.

[7] انظر/ فتح العزيز ٩٠/٦،الروضة ١٧٨/٥.

فـــصـــل

إذا استأجره لينقل له ميتة على أنّ له جلدها فإنّه لا يصحُّ؛[1]لأنّ جلد الميتة لا يجـــوز بيعه،[2]وما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون عوضاً في الإجارة . [3]

ولأنّه مجهول؛لأنّه يشاهد ظاهره ولا يشاهد باطنه .

فإن [4] رفع ذلك إلى حاكم حكم ببطلانه،[5]وإن كان رفع بعد ما نقل كان لـــــه أجرة المثل ،وردُّ الجلد على صاحبه . [6]

وأمّا إذا استأجره ليسلخ له بهيمة مذكّاة على أن يكون له جلدهــــا ،فــلا يصــحُّ أيضاً [7] ؛ لمعنى واحد وهو أنّه مجهول [8] ،وهذا كما قلنـــا: إنّـــه إذا اســتأجره ليطحن له حنطة بمكيلة دقيق منها لم يجز [9] ؛لأنّه لا يدري هل الدقيق نــــاعم ،أو خشن؟ فهو مجهول. [10]

---

[1] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٩، البيان ٢٨٩/٧، فتح العزيز ٨٨/٦،الروضة ١٧٧/٥.

[2] لأنّه نجس .

انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٩،الروضة ١٧٧/٥.

[3] ونقله العمراني عن قول الشافعي .البيان ٢٧٩/٧.

و انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٩

[4] في ب (وإن).

[5] فإن كان قبل العمل فلا شيء له.

انظر/ البيان ٢٨٩/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٨٩.

[6] انظر/ البيان ٢٨٩/٧.

[7] انظر/ الإبانة ل ١٦٩،الوجيز ٢٣٠/١، بحـــر المذهـــب ٩/ل ١٨٩، البيـــان ٢٨٩/٧،فتـــح العزيـــز ٨٦/٦،الروضة ١٧٦/٥، المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٣٥/٢.

[8] ولأنّه لا يجوز أن تُجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير .

انظر/ فتح العزيز ٨٧/٦، مغني المحتاج ٣٣٥/٢.

[9] انظر/ الوجيز ٢٣٠/١،الروضة ١٧٦/٥، المنهاج ٣٣٥/٢.

[10] انظر/ فتح العزيز ٨٧/٦-٨٨،مغني المحتاج ٣٣٥/٢.

فـــصـــل

إذا استأجر راعياً ليرعى له غنماً بأعيانها جاز ذلك [1] ، ويتعيَّن العقـــد في تلـــك الغنم، وليس له أن يسترعيه أكثر منها،وإن هلكت انفسخ العقد فيـــها،وإن هلـــك بعضها لم يبدله وانفسخ العقد فيه،وإن نتجت لم يلزمه أن يرعى نتاجها ،وإنّما قلنـــا ذلك؛لأنّ العقد تناول العين/ فاختصَّ بها [2] دون غيرها . [3]

فأمَّا إذا أطلق ذلك واستأجره ليرعى له غنماً مدَّة معلومة [4] ،فإنّه يسترعيه القـــدر الـــذي يرعـــاه الواحـــــد في العـــادة مـــن العـــدد، فـــإذا كـــان العـــادة أن يرعـــى الرَّاعـــي الواحـــد مائـــة مـــــن الغنـــم اســـترعاه مائـــة [5]،ومـــتى هلـــك شـــيء منـــها ،أو هلكـــت

---

[1] ويشترط لصحة العقد بيان المدَّة، وجنس الحيوان ؛لأنَّ لكل جنس من الماشية تأثيراً في إتعاب الرَّاعـــي، ويجوز العقد على قطيع معيَّن، ويجوز في الذمة ،وفي اشتراط بيان عدد القطيع خلاف سيأتي .
انظر/ المهذب ٢/٢٤٩،بحر المذهب ٩/ل ١٨٢، البيان ٧/٣١٦، فتح العزيز ٦/١٠٩،الروضة ٥/١٩٤.

[2] قوله (فاختصَّ بها)بداية ٨/ل/٧٦ أ من ب.

[3] وهو محكي عن ابن الصباغ .البيان ٧/٣١٦.
و انظر/ فتح العزيز ٦/١٠٩،الروضة ٥/١٩٤.

[4] أي إذا استأجره ليرعى له الغنم مدة وأطلق و لم يبين عدد الغنم ففي جواز الإجارة وجهان :
١-يجب بيان العدد ،وهو الأصح عند صاحب المهذب والروياني ؛لأنَّ لكل قدر من الغنم تأثيراً في إتعـــاب الراعي .
٢- لا يجب ،ويحمل على ما جرت العادة أن يرعاه الواحد، وبه قطع ابن الصباغ ،قال الروياني :وهو مائة رأس تقريباً.
انظر/ المهذب ٢/٢٤٩،بحر المذهب ٩/ل ص١٨٢-١٨٣.البيان ٧/٣١٦،فتح العزيـــز ٦/١٠٩،الروضـــة ٥/١٩٤.

[5] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٣،البيان ٧/٣١٦، فتح العزيز ٦/١٠٩.

كان له إبدالها ،وإن نتجت كان عليه أن يرعى نتاجها معـــها [1] ؛لأنّ العـــادة أنّ السِّخال لا تنفصل عن الأمهات في الرَّعي [2] ،والله أعلم.

---

[1] وذلك إذا كانت الإجارة على الذّمّة .

انظر/ البيان ٣١٦/٧، الروضة ١٩٤/٥.

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٣،البيان ٣١٦/٧.

فـــصـــل

إذا استأجر حمَّامًا[1] لم يصح العقد إلا بعد[2] أن يشاهد منه **سبعة أشياء**:[3]

أن يشاهد البيوت[4]؛لأنّ الغرض يختلف باختلافها ،فإن كانت واسعة وسعت من الناس كثيراً ،وإن كانت ضيِّقة لم تسع إلا قليلاً .[5]

وأن يشاهد القِدْر[6]؛لأنّ الغرض يختلف بكبرها وصغرها .[7]

وأن يشاهد بئره التي يستقي منها[8] ؛لأنّها إن كانت عميقة احتاجت إلى حبل طويل ،وأجرة الاستقاء منها على قدر ذلك/ وإن لم تكن عميقة قلت مؤونتها .[9]

٦/ل/

وأن يشاهد الأتُّون[10]-وهو موضع الإيقاد-؛ لأنّ الغرض يختلف باختلافه في لطافته وسعته.[11]

---

[1] المراد به ما يستخدم للاستحمام والاغتسال .

[2] بعد :ساقطة من ب.

[3] وهذا تفريع على منع إجارة الغائب ،فإن جوزناها لم تشترط الرؤية ،ويكفي الوصف والبيان .
انظر/ فتح العزيز ٦/١١٠، الروضة ٥/١٩٥.

[4] انظر/ الوجيز ١/٢٣٢،الوسيط ٤/١٦٧،بحر المذهب ٩/ل ١٩١، البيان ٧/٣٢٣،فتح العزيز ٦/١١٠، الروضة ٥/١٩٥.

[5] وقِدْر الحمام :هي التي يسخن فيها الماء .فتح العزيز ٦/١١٠،الروضة ٥/١٩٥.
انظر/ البيان ٧/٣٢٣.

[6] انظر/ الوجيز ١/٢٣٢، الوسيط ٤/١٦٧،بحر المذهب ٩/ل ١٩١،فتح العزيز ٦/١١٠.

[7] انظر/ البيان ٧/٣٢٣، بحر المذهب ٩/ل ١٩١.

[8] انظر/ البيان ٧/٣٢٣، فتح العزيز ٦/١١٠،الروضة ٥/١٩٥.

[9] انظر/ البيان ٧/٣٢٣.

[10] الأتُّون كتنُّور وهو أخدود الخبَّاز والجصاص ونحوه ،ويجمع على أتــنّ ،وأتـاتين. القاموس المحيط ص١٠٥٨.

[11] انظر/ الوجيز ١/٢٣٢،بحر المذهب ٩/ل ١٩١،البيان ٧/٣٢٣،فتح العزيز ٦/١١٠،الروضة ٥/١٩٥.

وأن يشاهد موضع الرَّماد [1] ؛لأنّ الغرض يختلف باختلافه في قربه من موضع الإيقاد وبعده منه.

وأن يشاهد موضع الحطب الذي يجمع فيه . [2]

وأن يشاهد جوِيَّة [3] الحمَّام [4] -وهو الموضع الذي يحصل فيه الماء المستعمل في الحمام-؛لأنّ الغرض يختلف باختلاف ذلك في صغره كبره.

فلا بُد من مشاهدة هذه الأمور [5] ،ولا يجوز أن يشترط على المكتري الإنفاق على الحمَّام في إصلاح ما تشعث [6] منه؛لأنّ ذلك يجب على صاحب الحمام، [7][8] فإذا شرطه على المكتري كان العقد باطلاً [9]؛لأنّه ما يلزمه دونه.

---

[1] انظر/الوسيط ١٦٧/٤، البيان ٣٢٣/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩١،فتح العزيز ١١٠/٦.

[2] انظر/ الوجيز ٢٣٢/١.

[3] الـجِيَّة، بالكسر: الـموضع الذي يجتمع فـيه الـماء كالـجِيئَةِ، وقـيل: هـي الركيَّة الـمُنْتِنَة،ويطلق أيضاً على الماء المتغير .

انظر/القاموس المحيط ص١١٤٥،لسان العرب ١٩٥/١٤.

[4] انظر/الوسيط ٢٦٧/٤، البيان ٣٢٣/٧، بحر المذهب ٩/ل ١٩١،فتح العزيز ١١٠/٦،الروضة ١٩٥/٥.

- ولابد أيضاً أن يشاهد مبسط القماش .

انظر/ الوسيط ١٦٧/٤،فتح العزيز ١١٠/٦، الروضة ١٩٥.

[5] وكذلك إذا أراد شراء الحمام لابد له من مشاهدة هذه الأمور .البيان ٣٢٣/٧.

[6] التَّشَعُّثُ: التَّفَرُّقُ والتَنَكُّثُ، كما يَتَشَعَّثُ رأْسُ الـمِسْواك. و تَشْعِيثُ الشيءِ: تَفريقُه. لسان العرب ١٦٠/٢.

[7] انظر/ الوجيز ٢٣٤/١، فتح العزيز ١٢٦/٦،الروضة ٢١٠/٥.

[8] قوله (في إصلاح ما تشعث منه؛لأنّ ذلك يجب على صاحب الحمام) ساقط من ب.

[9] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩١.

ولأنّه شرطه عليه نفقة مجهولة إذا كان لا يدري كم القدر الذي يحتاج إليه لإصلاح شعثه ؟ فإن فعل المكتري ذلك وأنفق ثم اختلفا كان القول قول المكتري؛لأنّه أمين المكري فقبل قوله على ما ائتمنه .[1]

ولا يجوز أن يشترط على المكتري سلفاً قائماً -وهو عادة النّاس ببغداد-؛لأنّهم يشترطون على المكتري سلفاً يأخذونه منه ،ويكون في يد المكري بحاله على / وجه الرَّهن [2]ويردّه على المكتري إذا انقضت مدَّة إجارته ،فإن شرط ذلك في العقد كان باطلاً .[3]

---

[1] ونقله عن المصنف الروياني في بحر المذهب ثم قال : (ومن أصحابنا من قال : لا يجعل القول قوله ؛لأنّه لم يتمنه ،وإنّما شرط أن تكون النفقة عليه ،وذلك لا يقتضي الأمانة) ٩/١٩١.

[2] قوله (وجه الرَّهن)بداية ٨/ل/٧٦ب من ب.

[3] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٢.

فــــصــــل

إذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط ،ووقع فيها سقف ،وامتنع المكري من بنائـــه، لم يجبر عليه ،ويثبت للمكتري الخيار في فسخ الإجارة وإمضائها [1] ؛وإنّمـــا لم يجـــبر صاحب الدّار على ذلك؛لأنّ العقد تناول العين، فلم يمكن للمكتري مطالبته ببدل مـــا تلف منها.

---

[1] ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة وهو ثلاثة أضرب:

أحدها: مَرَمَّة لا تحتاج إلى عين جديدة، كإقامة جدار مائل ،وإصلاح منكسر وغلق تعســـر فتحـــه.

والثاني: ما يحوج إلى عين جديدة كبناء وجذع جديد وتطيين سطح ،والحاجة في الضربين لخلل عـــوض في دوام الإجارة .

الثالث :عمارة يحتاج إليها لخلل قارن العقد، بأن أجر داراً ليس لها باب ولا ميزاب .

ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر بل هي من وظيفة المؤجر ،فإن بادر إلى الإصلاح فـــلا خيار للمستأجر وإلا فله الخيار إذا نقصت المنفعة حتى لو وكف البيت لترك التطيين قال :الأصحاب له الخيار ،فإذا انقطع بطل الخيار إلا إذا حدث بسببه نقص ،وإنما يثبت الخيار في الضرب الثالث إذا كان جاهلاً به في ابتداء الحال

وهل يجبر المؤجر على هذه العمارات؟.

قال جماعة منهم المتولي والبغوي :لا يجبر في شيء منها ؛لأنّه إلزام عين لم يتناولها العقد .

وقال الإمام والغزالي والسرخسي: يجبر على الضرب الأول ولا يجبر على الثالث قطعاً، ولا على الثـــاني على الأصح .

وقال القاضي حسين وأبو محمد: يجبر توفيراً للمنفعة. الروضة ٥/ ٢١٠.

و انظر/ الحاوي ٧/ ٤٠٠،الوجيز ١/ ٢٣٤،التهذيب ص ٢٣٥،فتح العزيز ٦/ ١٢٥-١٢٦،مغني المحتـــاج ٢/ ٣٤٦.

فـــصـــل

إذا استأجر داراً انسدَّت البَالُوعة [1] وامتلأ الخــــلاء فعلـــى المكــتري إصـــلاح ذلك [2] ؛لأنّه حصل بسبب من جهته،فكان عليه إزالته . [3]

فأمَّا إذا اكتراها والبالوعة منسدَّة والخلاء ممتلئ ،فإنّ على [4] المكري تنقية ذلـــك دون المكتري [5] ؛لأنّه لم يحصل بسبب من جهته . [6]

---

(1) البالُوعَةُ والبَلّاعة و البَلُّوعة مشدَّدَتَين بئر تـحفر فـي وسط الدار ويُضَيَّقُ رأسها يجري فـيها مـــاء الــمطر نحوه . القاموس المحيط ص٦٣٤

وانظر/لسان العرب ٢٠/٨.

(2) وهو الأصح وبه قطع الماوردي وابن الصباغ والمتولي .

وفي وجه :أن تفريغها على المؤجر تكليفاً من الانتفاع بقية المدة .

انظر/ الحاوي ٤٠٠/٧، المهذب ٢٥٤/٢، الوجيز ٢٣٥/١، البيان ٣٤٤/٧، فتح العزيز ١٢٨/٦،الروضــة ٢١١/٥-٢١٢،المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣٢٧/٢.

(3) انظر/ الحاوي ٤٠٠/٧، المهذب ٢٥٤/٢، البيان ٢٤٢/٧.

(4) في ب (فعلى)

(5) وللمكتري خيار الفسخ .

انظر/ الحاوي ٤٠٠/٧، فتح العزيز ١٢٩/٦، الروضة ٢١١/٥.

(6) انظر/ الحاوي ٤٠٠/٧،المهذب ٢٥٢/٢.

فــــصــــل

إذا استأجر رجلان [1] جملاً للعُقْبَة [2] ، فإنّه يجوز سواء كان في الذِّمَّة أو كـــان معيَّناً.

وقال المزني رحمه الله :إن كان معيَّناً لم يجز [3] ؛لأنّه إذا أُسْلِم إلى أحدهمـــا تـــأخَّر التَّسليم إلى الآخر، فيكون ذلك عقد قد شُرط فيه تأخير التَّسليم، وقد تناول عيناً فلم يجز. [1]

---

[1] في ب (الرجلان).

[2] العُقْبَة:بالضم النوبة أي يتناوبان فيترل هذا نوبة وهذا نوبة ،وجمعها (عُقَب) مثل غرفة وغرف .
انظر/ القاموس المحيط ص١٠٨، النظم المستعذب ص٢٥٣،المصباح المنير ص١٥٩.
-وتعرف هذه المسألة بكراء العُقَب ،ولهذه المسألة صورتان :
الصورة الأولى ما ذكره المصنف هنا .
الصورة الثانية :أن يؤجر ليركب المكتري بعض الطريق ويترل فيمشي بعضها والتي سيذكرها المؤلف لاحقاً.
ففي حكم الإجارة فيهما أربعة أوجه :
أصحها وهو المنصوص عليه في الأم: صحت الإجارة في الصورتين سواء وردت الإجارة على الذمة أو العين ،ويثبت الاستحقاق في الحال ثم يقتسم المكري والمكتري أو المكتريان ويكون التأخر الواقع من ضرورة القسمة والتسليم فلا يضر.
والثاني :تصح الصورة الأولى دون الثانية؛ لاتصال زمن الإجارة في الأولى دون الثانية.
والثالث: تبطل فيهما ؛لأنّها إجارة أزمان متقطعة.
والرابع: تصح في الصورتين إن كانت مضمونة في الذمة ،ولا تصح على دابة معينة،وهو اختيار المزني .
والأصح عند الماوردي . انظر/ الروضة ١٨٣/٥.
انظر/ الأم ٤١/٤، الحاوي ٤١٦/٧،المهذب ٢٥٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٩٣، الوجيز ٢٣١/١، البيـــان ٣٣٧/٧،حلية العلماء ٥/ ٤٠٣، فتح العزيز ٩٧/٦-٩٨.

[3] وبه قال المزني في الجامع الكبير تخريجاً .
انظر/ الحاوي ٤١٦/٧، المهذب ٢٥٣/٢، بحــر المذهـــب ٩/ل ١٩٣، البيـــان ٣٣٧/٧، فتـــح العزيـــز ٩٧/٦،الروضة ١٨٣/٥.
-وذكر الروياني في بحر المذهب أنّه اختيار القاضي الطبري. بحر المذهب ٩/ل ١٩٣.

وذكر أبو العباس بن القاص [٢] هذه المسألة واختار فيها قول المزني [٣] .

والمذهب ما ذكرناه [٤] والذي قاله المزني من تأخير التَّسليم ليس بصحيح؛لأنّ الجمل يسلِّمه إليهما معاً ،ثم يتناوبان بعد التَّسليم على ما يتَّفقان عليه . [٥]

وإن استأجر رجل جملاً ليركبه عُقْبه ،فيركب مرَّة، ويترك أخرى جاز [٦] ، ويُحمل إطلاقه على ما جرت به العادة من الركوب والنـزول في العُقَب . [٧]

=

[١] انظر/ الحاوي ٤١٦/٧،المهذب ٢٥٣/٢،بحر المذهب ٩/ل ١٩٣.

[٢] تقدمت ترجمته ص١٧٥.

[٣] قال في التلخيص (وسواء أكريت من المكاري حمولة مضمونة ،أو أكريت منه حمولة معلومة فإن ذلك جائز ،إلا في خصلة واحدة ،وهي كراء العُقَب لايجوز إلا مضموناً ،قاله المزني في جامعه الكبير تخريجاً)ص٤١٥.

[٤] كما تقدم في رأس المسألة.

[٥] فالتسليم لا يتأخر ،وإنَّما يتأخر حق أحدهما ؛لأجل القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو اشتريا طعاماً من صبرة ،فإن أحدهما يقبض قبل الآخر و لا يكون ذلك تأخير للتسليم .

انظر/ المهذب ٢٥٣/٢، بحر المذهب ٩/ل ١٩٣،البيان ٣٣٧/٧، فتح العزيز ٩٨/٦، الروضة ١٨٣/٥.

[٦] وقد تقدم ذكر الأوجه ص ٩٤٩.

[٧] فإن كان في ذلك الطريق عادة مضبوطة ، إما بالزمان –بأن يركب يوماً وينزل يوماً –وإما بالمسافة –بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً حمل العقد عليها ،وليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثاً ،والنزول ثلاثاً لما في دوام المشي من التعب ،وإن لم تكن عادة مضبوطة ،فلا بد من البيان في الابتداء.

انظر/ الأم ٤١/٤، بحر المذهب ٩/ل ١٩٣، فتح العزيز ٩٨/٦، الروضة ١٨٣/٥.

فصل

٦/ل/٧٥ب

إذا استأجر كحّالاً ليداوي عينه جاز [١]، ويكون /الدواء على المستأجر . [٢]

وإن شرطه على الطّبيب [٣] ففيه وجهان : [٤]

أحدهما: لا يجوز [٥]؛ لأنّ الأعيان لا تستباح ولا تملك بالإجارة إلا عند الضّرورة، مثل الإجارة للرَّضاع؛ لأنّ الحاجة تدعو إلى أن يدخل اللّبن في العقد؛ لأنّه لا غناء بالصِّغار عنه، ولا ضرورة في مسألتنا تدعو إلى ذلك . [٦]

---

[١] ويُقدر بالمدَّة ،فإن قدر بالبرء لم يجز.
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٩٣،البيان ٧/٣١٦.

[٢] وهذه أشهر الطرق .
وفي طريق أنّه على الخلاف في أنّ اللبن هل يتبع الحاضنة ؟
وأصح الطرق :الرجوع للعادة فإن اضطربت ،وجب البيان ،وإلا فيبطل العقد .وإذا أوجبناه على الكحّال فهو كاللبن في أنّه لا يجب تقديره .
انظر/ فتح العزيز ٦/١٢٤،الروضة ٥/٢٠٩، المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٢/٣٤٦.

[٣] فإذا لم نوجبه عليه بطل العقد إن لم يكن معلوماً.
انظر/ فتح العزيز ٦/١٢٥، الروضة ٥/٢٠٩.

[٤] ونقلهما الروياني عن المصنف .بحر المذهب ٩/ل ١٨٣، و انظر/ البيان ٧/٣١٦.
- وحكاهما الرافعي والنووي طريقين .
انظر/ فتح العزيز ٦/١٢٥، الروضة ٥/٢٠٩.

[٥] وهو الأصح .
انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٣، البيان ٧/٣١٧، فتح العزيز ٦/١٢٥،الروضة ٥/٢٠٩.

[٦] لأنّه يستطيع أن يشتري الكحل ويدفعه للكحال ؛ولأنّه لو شرط عليه الكحل كان ذلك في معنى بيعتين في بيعة ،فقد جمع بعقد واحد بين بيع وإجارة.
انظر/ البيان ٧/٣١٧،الروضة ٥/٢٠٩.

والوجه الثاني:أنّه يجوز؛لأنّ العادة جرت بذلك،ولأنّه يشقُّ على العليل تحصيل الـدَّواء فيجوز ذلك[1] لأجل المشقّة . [2]

وهكذا الحكم في الصبَّاغ في الصبغ ،وفي الورّاق [3] في الحبر، على ما ذكرنا مـــن الشرط والإطلاق [4] ،والله أعلم بالصَّواب.

آخر الإجارات

***

[1] قوله (فيجوز ذلك)بداية ٨/ل/٧٧أ من ب .

[2] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٣،فتح العزيز ٦/١٢٥.

[3] الوَرّاقُ :وهو الذي يُوَرِّق ويكتب، ،وحرفته الوِراقةُ.

انظر/ القاموس المحيط ص٨٣٥،لسان العرب ١٠/٣٧٥.

[4] انظر/ بحر المذهب ٩/ل ١٨٣،البيان ٧/٣١٧،فتح العزيز ٦/١٢٥،الروضة ٥/٢٠٩،المعاني البديعـــة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ٢/٨٥.

الفهارس العامة

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة

ثانياً: فهرس الأحاديث والآثار .

أطراف الأحاديث و الآثار — الصفحة

ثالثاً: فهرس الأعلام المترجم لهم.

الاسم	الصفحة
داود بن علي الظاهري	٦٤٣
أبو رافع=أسلم	٢٧٥
الربيع بن سليمان المرادي	٣٩٢
ربيعة الرأي	٢٨٣
الزعفراني=الحسن بن محمد بن الصباح	٣٥٩
زفر بن الهذيل	٦٤٣
الزهري = محمد بن مسلم عبيد الله	٢٧١
زيد بن أسلم	٤٩٢
زيد بن سهل الأنصاري (أبو طلحة)	٩٣١
السائب بن يزيد	٢١٠
سالم بن عبد الله بن عمر	٦٤٢
سعيد بن المسيب	٢٧١
سعيد بن زيد	٨٩
سعيد بن سالم	٢٧٢
سفيان الثوري	٢٨٤
أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف	٢٧١
سليمان بن خلف(أبو الوليد الباجي)	٣٤
سليمان بن يسار	٢٨٢
سمرة بن جندب	٢٦٦
سوار القاضي	٢٨٥
شريد بن سويد الثقفي	٢٨٧
شعبة بن الحجاج	٢٩٢
الشعبي = عامر بن شراحبيل	٣٣٩
ابن الصباغ =عبد السيد بن محمد	٣٦

الاسم	الصفحة
محمد بن يحيى	٣٠
المعافى بن زكريا الجريري	٢٥
أبو منصور الصباغ =أحمد بن محمد بن محمد	٤١
أبو موسى الأشعري =عبد الله بن قيس بن سليم	٤٩٢
موسى بن محمد السمسار	٢٢
ميمون بن قيس (الأعشى)	٢٩١
ميمونة أم المؤمنين	٦٤٨
النخعي =إبراهيم بن يزيد	٣٣٩
أبو الوفاء=علي بن عقيل الحنبلي	٤٧
أبو الوفاء الحنبلي=طاهر بن الحسن	٣٥
أبو الوليد الباجي=سليمان بن خلف	٣٤
هبة الله بن محمد بن عبد الواحد الشيباني	٤٩
يحيى بن إبراهيم (ابن قتيلة)	٢٧٢
يحيىُ القطان	٢٩٢
يحيى بن سعيد	٢٨٢
يحيى بن علي الشيباني	٤٤
يزيد بن سعد بن ثمامة	٢١٠
يعقوب بن إبراهيم =أبو يوسف القاضي	١٦٠
يعقوب بن أبي الأنصاري	٤٩٥
يعقوب بن سليمان الإسفراييني	٣٩
يوسف بن أحمد بن كَجّ	٢٨
يوسف بن يحيى = البويطي	٥٢٩

رابعاً: فهرس الأشعار

الأبيات		الصفحة
كُـــــوفِـــيَّةٌ نـــازِحٌ مَـــحِـــلَّـــتُـــهـا	لا أمـــمٌ دارُهـــا ولا صَـــقَـــبُ	٢٧٥
أجـــارتنـــا بيني فإنـــكِ طـــالقة	وموموقة ما كنت فيها ووامقة	٢٩١
قومٌ إذا غســـلوا ثياب جـــمالهم	لبسوا البيوت إلى فراغ الغاسل	١٦

خامساً :فهرس المصطلحات العلمية ،وغريب اللغة

الكلمة	الصفحة
الشّوْل	٩٨
شيرق	١٨٥
الصائغ	٨٦٩
الصبرة	٦٥٥
صبغه	١٨٠
الصَدَفة	١٣٢
الصلح على الإقرار	٤٢٩
الصلح على الإنكار	٤٢٩
صليب	٢٥٥
الصيحاني	٦٩٢
صيْرَفياً	٩٣٧
ضمان اليد	٩٧
الضيعة	٢٧٨
الطاق	٩٠٥
الطبرزد	٦٦٨
طبعها	٢٠٧
طعمة	٦٥٠
الطلاق	٧٤٠
طلْقاً	٤٧٥
الطم	١٦٢
الطنبور	٩٦
الطوب	١٦٩
الظروف	٨٠٣
الظن	٩٠

سادساً: فهرس الأماكن والبلدان

سابعاً: فهرس المصادر والمراجع

١. **الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي.**

تأليف : علي بن عبد الكافي السبكي،تحقيق جماعة من العلماء،الطبعة الأولى،١٤٠٤هـ، دار الكتب العلمية،بيروت.

٢. **الآثار.**

تأليف: محمد بن الحسن الشيباني ،أشرف على طبعه: قاسم أشرف ،إدارة القرآن كراتشي الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ

٣. **آثار البلاد ،وأخبار العباد.**

تأليف:زكريا بن محمد بن محمد القزويني ،دار صادر بيروت .

٤. **أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي .**

تأليف: مصطفى ديب البغى ،نشر دار الإمام البخاري ،دمشق .

٥. **الإجماع .**

تأليف: محمد بن إبراهيم بن المنذر دار طيبة الأولى ١٤٠٢هـ

٦. **أحكام الجنائز وبدعها .**

تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ،مكتبة دار العارف الطبعة الأولى للطبعة الجديدة ١٤١٢-١٩٩٢.

٧. **أحكام القران .**

تأليف :أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، جمعه الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسن البيهقي، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان .

٨. **الإحكام في أصول الأحكام .**

تأليف: علي بن محمد الآمدي أبو الحسن ،تحقيق : د. سيد الجميلي الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ ،دار الكتاب العربي بيروت .

٩. **اختلاف العراقيين.**

تأليف: محمد بن إدريس الشافعي مطبوع مع الأم

١٠. **الاختيار لتعليل المختار .**

تأليف: عبد الله بن محمد الموصلي الحنفي ،خرج أحاديثه وضبطه وعلق عليه خالد عبد الرحمن العك،دار المعرفة بيروت لبنان .الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

١١. **الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية.**

تأليف: علاء الدين أبو الحسن علي البعلي –الطبعة الأولى ١٤١٦هـ،دار الكتب العلمية –بيروت لبنان .

١٢. **أدلة التشريع المختلف بالاحتجاج بها .**

تأليف :الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة ،أستاذ ورئيس قسم أصول الفقه ،١٤٠٦ هـ- ١٩٨٦م.

١٣. **الأدلة العقلية وعلاقتها بالنقلية .**

تأليف :الدكتور محمد سعيد شحاتة ،الدار السودانية للكتب الخرطوم ،الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م

١٤. **الأربعين النووية** (مطبوع مع جامع العلوم والحكم).

تأليف :الإمام النووي.

١٥. **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول .**

تأليف : محمد بن علي بن محمد الشوكاني،تحقيق : محمد سعيد البدري،الطبعة الأولى دار الفكر بيروت .

١٦. **إرشاد الفقيه .**

١٧. **تأليف**:الحافظ إسماعيل بن كثير ،مؤسسة الرسالة بيروت.

١٨. **الإرشاد .**

تأليف :إسماعيل أبي بكر ابن المقري اليمني (مطبوع مع فتح الجواد).

١٩. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل .**

تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م ، المكتب الإسلامي .

٢٠. **الاستذكار .**

تأليف:أبي عمر بن عبد البر،تحقيق د.عبد المعطي قلعجي ،الطبعة الأولى ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.مؤسسة الرسالة .

٢١. **أسد الغابة .**

تأليف: أبي الحسن علي بن محمد الجزري ،دار أحياء التراث العربي بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م.

٢٢. **الاستيعاب في معرفة الأصحاب .**

تأليف أبي عمر ابن عبد البر ، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ -- ١٩٩٥م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٣. **الأشباه والنظائر .**

تأليف: جلال الدين السيوطي ، تحقيق :خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ — ١٩٩٥م ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، لبنان .

٢٤. **الأشباه والنظائر.**

تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي،١٤٠٥هـ-١٩٨٥م،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.

٢٥. **الإشراف على مذاهب أهل العلم .**

تأليف :الإمام ابن المنذر ، تحقيق محمد نجيب سراج الدين ،إدارة إحياء التراث الإسلامي الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

٢٦. **الإشراف على نكت مسائل الخلاف .**

تأليف: القاضي عبد الوهاب المالكي ، مطبعة الإرادة.

٢٧. **الإصابة في تمييز الصحابة .**

تأليف: الحافظ ابن حجر ،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.

٢٨. **الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة.**

تأليف :أبي منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ،تحقيق د. نايف بن نافع العمري ،الطبعة الأولى ١٤١٦هـ-١٩٩٥م،دار المنار .

٢٩. **أصول الفقه الإسلامي .**

تأليف: د.وهبة الزحيلي ، ١٤١٧هـ — ١٩٩٦م ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .

٣٠. **أصول السرخسي.**

تأليف :محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر ،تحقيق : أبو الوفاء الأفغاني ،دار المعرفة، بيروت ١٣٩٣هـ.

٣١. **أطلس التأريخ الإسلامي .**

تأليف :هاري وهازارد، مكتبة النهضة المصرية.

٣٢. **إعانة الطالبين.**

تأليف :أبي بكر محمد شطا الدمياطي —دار إحياء التراث العربي .

٣٣. **الأعلام .**

تأليف: خير الدين الزركلي ، الطبعة العاشرة ، ١٩٩٢م،دار العلم للملايين.

٣٤. **إعلام الموقعين عن رب العالمين .**

تأليف: شمس الدين ابن القيم ، تحقيق عبد الرحمن الوكيل ، دار إحياء التراث العربي.

٣٥. **أعمار الأعيان .**

تأليف: أبي الفرج بن علي الجوزي ،تحقيق: محمود محمد الطناحي ،مكتبة الخانجي بالقاهرة ،الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

٣٦. **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع .**

تأليف :الخطيب الشربيني ، دار الفكر بيروت ١٤١٥.

٣٧. **الإقناع.**

تأليف: أبي بكر ابن النذر تحقيق الدكتور :عبد الله بن عبد العزيز الجبرين ،مكتبة الرشد الرياض ،شركة الرياض للنشر والتوزيع الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ.

٣٨. **الأم** .

تأليف: الإمام الشافعي ،خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ-١٩٩٣م.

٣٩. **الأموال** .

تأليف :الحافظ أبي عبيد القاسم بن سلام ، تحقيق محمد خليل هراس ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٤٠. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** .

تأليف: علاء الدين المرداوي، ،دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٤١. **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء** .

تأليف : قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ،تحقيق د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي،الطبعة الأولى،دار الوفاء جدة

٤٢. **أوجز المسالك إلى ألفية ابن مالك** .

تأليف ابن هشام (مع ضياء السالك)، تحقيق محمد عبد العزيز النجار ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢هـ ،مكتبة ابن تيمية ، القاهرة .

٤٣. **الإيضاح والتبيان لمعرفة المكيال والميزان** .

تأليف: أبي العباس أحمد بن الرفعة الأنصاري ،تحقيق محمد الخاروف ،مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ .

٤٤. **بحث في تحويل الموازين والمكاييل الشرعية إلى مقادير المعاصرة**.

تأليف:الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع ،نُشر بمجلة لبحوث الإسلامية العدد(٥٩)

٤٥. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** .

تأليف :زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر ،دار المعرفة ،بيروت .

٤٦. **البحر المحيط .**

تأليف: الإمام بدر الدين الزركشي ، تحقيق لجنة من علماء الأزهر ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ –١٩٩٤م ، دار الكتبي ، دار الخاني .

٤٧. **بحر المذهب :**

تأليف : القاضي أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد الروياني الطبري، مخطوط مصور في قسم المخطوطات في الجامعة الإسلامية برقم ٤٣٠٠:

٤٨. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .**

تأليف علاء الدين الكاساني ، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ-١٩٩٨م،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

٤٩. **بداية المبتدي (مع شرحه الهداية) .**

تأليف برهان الدين المرغيناني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .

٥٠. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد .**

تأليف: محمد بن أحمد ابن رشد ،تعليق وتحقيق محمد صبحي حلاق ،الناشر مكتبة ابن تيمية القاهرة ،توزيع مكتبة العلم جدة ،الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٥١. **البداية والنهاية .**

تأليف :الحافظ إسماعيل بن كثير ، تحقيق مكتب تحقيق التراث ، ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م ، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي .

٥٢. **البدر المنير في تخريج الأحاديث الواقعة في الشرح الكبير .**

تأليف :ابن الملقن ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحديث في الجامعة الإسلامية إعداد ،الشيخ قاسم بن أحمد الطواشي .

٥٣. **البرهان في أصول الفقه البرهان في أصول الفقه.**

تأليف : عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي ،تحقيق د. عبد العظيم محمود الديب الوفاء : المنصورة – مصر الطبعة الرابعة ١٤١٨هـ.

٥٤. **البناية في شرح الهداية .**

تأليف: أبي محمد محمود بن أحمد العيني ،دار الفكر بيروت،الطبعة الأولى ١٤٠١هـ.

٥٥. **بلوغ المرام من أدلة الأحكام .**

تأليف :الحافظ ابن حجر ،صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي ،الطبعة السابعة ١٤١٧ هـ-١٩٩٧م مؤسسة الكتب الثقافية بيروت لبنان .

٥٦. **البيان والتحصيل.**

تأليف: أبي الوليد بن رشد القرطبي ،تحقيق :د.محمد جي دار ،دار الغرب الإسلامي ١٤٠٤هـ.

٥٧. **البيان .**

تأليف: يحيى بن أبي الخير العمراني ، تحقيق: قاسم محمد النوري ، دار المنهاج .

٥٨. **تاج العروس من جواهر القاموس .**

تأليف :السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تحقيق عبد الستار أحمد فراج ، ١٣٨٥هـ – ١٩٦٥م، دار الهداية .

٥٩. **التاج والكليل مطبوع مع مواهب الجليل.**

تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري دار الفكر بيروت الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ-١٩٩٣ م.

٦٠. **تاريخ الأدب العربي .**

تأليف: د.شوقي ضيف ،دار المعارف مصر الطبعة الثانية .

٦١. **تاريخ بغداد .**

تأليف : أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي ،دار الكتب العلمية ، بيروت

٦٢. **تاريخ التراث العربي .**

تأليف: فؤاد سزكين ،ترجمة محمود فهمي ،وفهمي أبو الفضل الهيئة المصرية العامة للكتاب .

٦٣. **التاريخ الصغير** (الأوسط).

تأليف: محمد بن إبراهيم بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق : محمود إبراهيم زايد ،دار الوعي , مكتبة دار التراث حلب ، القاهرة الطبعة الأولى،١٣٩٧ — ١٩٧٧.

٦٤. **التاريخ الكبير.**

تأليف : محمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبد الله البخاري الجعفي ،تحقيق السيد هاشم الندوي ، دار الفكر.

٦٥. **تاريخ مولد العلماء ووفياهم .**

تأليف :محمد بن عبد الله بن أحمد بن سليمان بن الربعي،تحقيق : د. عبد الله أحمد سليمان الحمد الطبعة الأولى ١٤١٠هـ،دار العاصمة الرياض .

٦٦. **تاريخ نيسابور.**

تأليف: أبي الحسن عبد الغفار الفارسي المراد ،تحقيق د. محمد كاظم الفارسي ،جماعة المدرسين في الحوزة العلمية في قم ١٤٠٣هـ.

٦٧. **تبين الحقائق .**

تأليف :أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي ،تحقيق أحمد عزو عناية ،الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م،دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٦٨. **تحرير ألفاظ التنبيه .**

تأليف: الإمام النووي ، تحقيق أيمن صالح شعبان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ — ١٩٩٥م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان

٦٩. **تحفة الفقهاء.**

تأليف: محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ

٧٠. **تحفة الملوك.**

تأليف :محمد بن أبي بكر الرازي ،اعتنى بإخراجه وعلق عليه د.عبد الله نذير أحمد ،دار البشائر الإسلامية بيروت —لبنان الطبعة الأولى ١٤١٧-١٩٩٧.

٧١. **تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب .**

تأليف :شيخ الإسلام زكريا لأنصاري ، تحقيق: أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ — ١٩٩٧م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٧٢. **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ،(بهامش حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي).

تأليف ابن حجر الهيتمي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

٧٣. **التحقيق في أحاديث الخلاف .**

تأليف: أبي الفرج ابن الجوزي ، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني ومحمد فارس ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٧٤. **التحقيقات على الورقات .**

تأليف :الحسين بن أحمد ،دار النفائس، عمان .

٧٥. **التدوين في أخبار قزوين.**

تأليف: عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني،تحقيق عزيز الله العطاردي ،دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٧

٧٦. **تصحيح التنبيه .**

تأليف: الإمام النووي ، تحقيق د . محمد عقلة الإبراهيم ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ — ١٩٩٦م، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان .

٧٧. **تذكرة الحفاظ .**

تأليف: شمس الدين الذهبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٧٨. **تذكرة النبيه في تصحيح التنبيه.**

تأليف: جمال الدين الأسنوي ، تحقيق د . محمد عقلة الإبراهيم ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ — ١٩٩٦م، مؤسسة الرسالة ، بيروت ،لبنان.

٧٩. **تخريج الفروع على الأصول .**

تأليف: محمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب،تحقيق: د. محمد أديب صالح ،مؤسسة الرسالة، بيروت،الثانية ١٣٩٨.

٨٠. **التعريفات .**

تأليف: علي بن محمد الجرجاني ، الطبعة الثالثة ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨م ، دار الكتاب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٨١. **التعليقة الكبرى في الفروع للقاضي أبو الطيب .**

من أول الكتاب إلى نهاية باب التيمم والعذر فيه ،رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية ،من الشيخ :حمد بن محمد الهاجري .

٨٢. **التعليقة الكبرى في الفروع للقاضي أبو الطيب.**

من باب صلاة المسافر إلى نهاية كتاب الجنائز، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية ،من الشيخ:عبدالله حضرم .

٨٣. **التعليقة الكبرى في الفروع للقاضي أبو الطيب.**

من أول كتاب الزكاة إلى نهايته ،رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية ،من الشيخ:خليف بن مبطي السهلي .

٨٤. **التعليقة الكبرى في الفروع للقاضي أبو الطيب.**

من أول باب النهي عن بيع الغرر من كتاب البيوع حتى نهاية كتاب الحوالة رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية ،من الشيخ:سعيد بن حسين القحطاني .

٨٥. **التفريع.**

تأليف :أبي القاسم عبيدالله بن الحسين بن الحسن بن جلاب ،تحقيق د. حسن سالم الدهماني ،دار الغرب الإسلامي.

٨٦. **تفسير القرآن العظيم :**

تأليف :الحافظ إسماعيل بن كثير ، ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م ، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة .

٨٧. **التقرير والتحبير .**

تأليف : محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان،دار الفكر بيروت .

٨٨. **تقريب التهذيب .**

تأليف: الحافظ ابن حجر ، تحقيق أبي الأشبال ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ ، دار العاصمة ، الرياض .

٨٩. **التقييد.**

تأليف: محمد بن عبد الغني البغدادي أبو بكر ،تحقيق كمال يوسف الحوت دار الكتب العلمية، بيروت ،الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٩٠. **تكملة الإكمال .**

تأليف :محمد بن عبد الغني البغدادي أبو بكر ،تحقيق : د. عبد القيوم عبد رب النبي،الطبعة الأولى ١٤١٠هـ،جامعة أم القرى ،مكة المكرمة.

٩١. **تكملة فتح القدير**(نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار).

تأليف :أحمد بن قودر ،دار الفكر بيروت لبنان .

٩٢. **تكملة المجموع .**

تأليف: محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة .

٩٣. **التلخيص .**

تأليف :ابن القاص ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، مكتبة نزار الباز ، مكة المكرمة .

٩٤. **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير .**

تأليف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني ، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني.

٩٥. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد .

تأليف :أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري ،تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ،محمد عبد الكبير البكري،وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب.

٩٦. **التنبيه** .

تأليف: الإمام أبي إسحاق الشيرازي ، إعداد عماد الدين أحمد حيدر الطبعة الأولى ، ١٤٠٣،عالم الكتب بيروت ، لبنان .

٩٧. **التنبيه على مشكلات الهداية.**

تأليف :صدر الدين أبي العز الحنفي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية دراسة وتحقيق :أنور صالح علوي أبو زيد.

٩٨. **تهذيب الأسماء واللغات** .

تأليف محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٩٩. **تهذيب اللغة** .

تأليف :أبي منصور محمد الأزهري تحقيق محمد بن علي النجار ،الدار المصرية للتأليف والترجمة .

١٠٠.**تهذيب التهذيب** .

تأليف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني ،الطبعة الأولى ١٤٠٤ – ١٩٨٤ ،دار الفكر بيروت .

١٠١.**التهذيب** .

تأليف :الإمام الحسين بن مسعود البغوي ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ — ١٩٩٧م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

التهذيب :بتحقيق :فاروق سعد الدين رسالة ماجستير –من بداية كتاب التفليس إلى نهاية كتاب الشفعة –مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية .

١٠٢. **الثقات** .

تأليف :محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ،السيد شرف الدين أحمد ،الطبعة الأولى،١٣٩٥ — ١٩٧٥ ،دار الفكر.

١٠٣.**جامع البيان في تأويل القرآن** (تفسير الطبري) .

تأليف: أبي جعفر محمد بن جرير دار الفكر بيروت –١٤٠٥.

١٠٤. **الجامع لأحكام القرآن.**

تأليف: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبد الله تحقيق :أحمد عبد العليم البردوني،دار الشعب ،القاهرة ،الطبعة الثانية .

١٠٥. **جامع الصغير .**

تأليف: محمد بن الحسن الشيباني ،الطبعة الأولى ،عالم الكتاب

١٠٦. **جامع العلوم والحكم .**

تأليف: ابن رجب الحنبلي اعتنى به أحمد إسبر، توزيع دار المغني للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية ،دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت- لبنان الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

١٠٧. **الجرح والتعديل .**

تأليف: عبد الرحمن بن أبي -حاتم محمد بن إدريس أبو محمد الرازي،دار إحياء التراث العربي بيروت .

١٠٨. **الجنى الداني في حروف المعاني .**

تأليف :الحسن بن القاسم بن عبد الله ،تحقيق فخر الدين قباوة ،المكتبة العربية حلب .

١٠٩. **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود.**

تأليف : محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي،دار الأندلس الخضراء ،جدة الطبعة الثانية.

١١٠. **الجواهر المضية في طبقات الحنفية.**

تأليف :عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي ،تحقيق :عبد الفتاح الحلو ،مؤسسة الرسالة ،الطبعة الثانية .

١١١. **الجوهر النقي.**

تأليف :علاء الدين علي بن عثمان التركماني ، مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي.

١١٢. **حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج.**

تأليف :نور الدين علي بن علي الشبراملسي ،مطبوع مع نهاية المحتاج .

١١٣.**حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب.**

تأليف : سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ،المكتبة الإسلامية

١١٤.**حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج .**

تأليف :ابن القاسم ، مطبوع مع تحفة المحتاج .

١١٥.**حاشية الشلبي على تبين الحقائق .**

تأليف: العلامة الشلبي مطبوع مع تبين الحقائق.

١١٦.**حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) (بحاشية الدر المختار)**

تأليف :محمد أمين الشهير بابن عابدين ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٦هـ — ١٩٦٦م ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .

١١٧.**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .**

تأليف :محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ،تحقيق :محمد عبد الله شاهين ،الطبعة الأولى ١٤١٧هـ-١٩٩٦م ،دار الكتب العلمية

١١٨.**الحاوي الكبير .**

تأليف :أبي الحسن الماوردي ، تحقيق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ—١٩٩٤م،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.

١١٩.**الحجة على أهل المدينة .**

تأليف: محمد بن الحسن الشيباني ،تحقيق :أبو الوفاء الأفغاني ،لجنة إحياء المعارف النعمانية ،مطبعة المعارف الشرقية .

١٢٠.**الحدود الأنيقة .**

تأليف : زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى،تحقيق : د. مازن المبارك،دار الفكر المعاصر،بيروت لبنان ،الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

١٢١.**حلية الأولياء وطبقات الأصفياء .**

تأليف: الحافظ أبي نعيم الأصفهاني ، دار أم القرى ، القاهرة .

١٢٢. **حلية العلماء في معرفة مذهب الفقهاء .**

تأليف: أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق د . ياسين أحمد إبراهيم درادكة ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨م ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمّان ، الأردن .

١٢٣. **حلية الفقهاء .**

تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي ،تحقيق د . عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م ، الشركة المتحدة للتوزيع .

١٢٤. **خبايا الزويا .**

تأليف :محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي عبد القادر عبد الله العاني أبو عبد الله،وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت الطبعة :: الأولى ١٤٠٢هـ

١٢٥. **الخراج .**

تأليف :أبي يوسف القاضي ،تحقيق محمد إبراهيم البنا ،القاهرة دار الإصلاح ١٩٨١م.

١٢٦. **خلاصة البدر المنير .**

تأليف: سراج الدين ابن الملقن ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلمي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ — ١٩٨٩م ، مكتبة الرشد ، الرياض .

١٢٧. **الدراية في تخريج أحاديث الهداية .**

تأليف :أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، أبو الفضل ،السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ،دار المعرفة،بيروت.

١٢٨. **ديوان الأعشى.**

تأليف :ميمون بن قيس ،مكتبة الآداب بالجماميزت.

١٢٩. **ديوان عبيد الله بن قيس الرقيات .**

تأليف : عبيد الله قيس الرقيات .،تحقيق :محمد يوسف نجم ،دار صادر ،بيروت

١٣٠. **الذخيرة.**

تأليف :شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ،تحقيق :محمد بو خبزه ،ومحمد حجي ،الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي ١٩٩٤م.

١٣١.**ذيل مولد العلماء ووفياقم .**

تأليف: عبد العزيز بن أحمد بن محمد الكتاني أبو محمد ،تحقيق د. عبد الله أحمد سليمان الحمد،الطبعة الأولى،دار العاصمة الرياض .

١٣٢.**رحمة الأمة في اختلاف الأئمة .**

تأليف :محمد بن عبد الرحمن الدمشقي ،حققه وعلق عليه ،علي الشربجي ،قاسم النوري ،الطبعة الأولى ١٤١٤هـ-١٩٩٤م،مؤسسة الرسالة بيروت لبنان .

١٣٣.**الرسالة.**

تأليف :محمد بن إدريس الشافعي ،بتحقيق أحمد محمد شاكر بيروت لبنان .

١٣٤.**الرسالة المستظرفة لبيان مشهور كتب السنة المصنفة .**

تأليف: محمد بن جعفر الكتاني،تحقيق محمد المنتصر محمد الزمزمي الكتاني ،دار البشائر الإسلامية، بيروت ،الطبعة الرابعة ١٤٠٦ – ١٩٨٦.

١٣٥.**رفع الحاجب على مختصر ابن الحاجب.**

تأليف :عبد الوهاب علي السبكي ،تحقيق : علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، عالم الكتب

١٣٦.**روضة الطالبين وعمدة المفتين .**

تأليف: الإمام النووي ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٢هـ – ١٩٩١م ، المكتب الإسلامي.

١٣٧.**روضة القضاة .**

تأليف:إبراهيم القاسم السمعاني ،دار الفرقان ،الطبعة الثانية.

١٣٨.**روضة الناظر وجنة المناظر .**

تأليف :موفق الدين ابن قدامة ، مكتبة المعارف الرياض .

١٣٩.**الروض المربع .**

تأليف : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،مطبوع مع حاشية ابـــن القاســم ،الطبعة الثامنة ١٤١٩هــ.

١٤٠.**الروض المعطار في خبر الأقطار** .

تأليف :محمد بن عبد المنعم الحميري ، تحقيق د.إحسان عباس ، الطبعة الثانيـــة ، ١٩٨٤م ، مكتبة لبنان .

١٤١.**رؤوس المسائل** .

تأليف :أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري ،تحقيق :عبد الله نذير أحمـــد الطبعــة الأولى –بيروت –دار البشائر الإسلامية .

١٤٢.**زاد المستقنع في اختصار المقنع** .

تأليف :شرف الدين أبي النجا موسى الحجاوي ، الطبعة الثامنـــة ، دار القلــم ، بيروت ، لبنان .

١٤٣. زاد المحتاج شرح المنهاج .

تأليف :عبد الله بن حسن ،عني بطبعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ،المكتبة العصريـة بيروت ،الطبعة الأولى ١٤،٢هــ.

١٤٤.**الزاهر في غريب ألفاظ الإمام الشافعي** .

تأليف: أبي منصور الأزهري ، تحقيق د . عبد المنعم طوعي بشناتي ، الطبعــة الأولى ، ١٤١٩هــ – ١٩٩٨م ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، لبنان .

١٤٥.**الزهد لابن أبي عاصم**.

تأليف : أحمد بن عمرو بن أبي عاصم الشيباني أبو بكر،عبد العلي عبد الحميـــد حامد،الطبعة الثانية ١٤٠٨هــ،دار الريان للتراث،القاهرة .

١٤٦.**السراج الوهاج على متن المنهاج** .

تأليف: محمد الغمراوي دار الفكر ١٤١١هــ-١٩٩١م

١٤٧.**سنن أبي داود** .

تأليف :الإمام سليمان بن الأشعث السجستاني، مراجعة وضبط وتعليق محمد بن محي الدين عبد الحميد ،دار الكتب العلمية .

١٤٨.**سنن الترمذي** .

تأليف: الإمام أبي عيسى الترمذي ، تحقيق وتخريج وتعليق :محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان .

١٤٩.**سنن الدارقطني** .

تأليف: الحافظ علي بن عمر الدار قطني ،تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة بيروت ١٣٨٦ – ١٩٦٦.

١٥٠.**سنن الدارمي** .

تأليف : عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي ،تحقيق عبد الله هاشم يماني ، ١٣٨٦هـ ، دار المحاسن للطباعة .

١٥١.**سنن سعيد بن منصور** .

تأليف :سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

١٥٢.**السنن الصغرى** .

تأليف: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، حققه ورقمه مكتب تحقيق التراث الإسلامي بيروت ، لبنان . الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م دار المعرفة بيروت لبنان.

١٥٣.**السنن الكبرى** .

تأليف :الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ،دار الفكر .

١٥٤.**سنن ابن ماجة** .

تأليف :محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ،تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي دار الفكر –بيروت.

١٥٥.**السنن الكبرى للنسائي** .

تأليف: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، أشرف عليه شعيب الأرنـــووط حققه وخرج أحاديثه حسن عبد المنعم شلبي ،الطبعة الأولى ١٤٢١هـــ — ٢٠٠١م ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع .

١٥٦. **سير أعلام النبلاء** .

تأليف : لشمس الدين الذهبي ، أشرف على التحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثالثـة ، ١٤٠٥هــ — ١٩٨٥م ، مؤسسة الرسالة .

١٥٧. **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** .

تأليف: ابن العماد الحنبلي : دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

١٥٨. **شرح الخرشي على مختصر خليل**.

تأليف: الشيخ محمد عليش ،الطبعة الأولى ١٤٠٤هــــدار الفكر- بيروت.

١٥٩. **شرح الزرقاني على موطأ مالك** .

تأليف :محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني،دار الكتب العلمية –بيروت .

١٦٠. **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** .

تأليف :محمد بن عبد الله الزركشي ،تحقيق : عبد الله بن عبد الرحمن الجـــبرين ،دار أولى النهى.

١٦١. **شرح السنة**.

تأليف :الحسين بن مسعود البغوي ،تحقيق :زهير الشاويش ،وشـــعيب الأرنـــووط ،المكتب الإسلامي –الطبعة الثانية١٤٠٣هـــ

١٦٢. **شرح صحيح مسلم** --المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج- (مطبوع مـــع صحيح مسلم) .

تأليف :الإمام النووي.

١٦٣. **الشرح الكبير** .

تأليف :أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدرديري ،مطبوع مع حاشية الدسوقي .

١٦٤. **الشرح الكبير على الورقات**.

تأليف :أحمد بن قاسم العبادي ،تحقيق سيد عبد العزيز ، مؤسسة قرطبة ،مكتبة دار الراية الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.

١٦٥.**شرح الكوكب المنير** .

تأليف :محمد بن أحمد الفتوحي ابن النجار ،تحقيق :محمد الزحيلي ونزيه حماد ،دار الفكر ،دمشق .

١٦٦.**شرح اللمع** .

تأليف : أبي إسحاق الشيرازي ،تحقيق :علي بن عبد العزيز العمريني ،الطبعة الأولى ١٤١٢هـ، مكتبة التوبة الرياض.

١٦٧.**شرح المحلى على جمع الجوامع** .

تأليف :محمد بن أحمد ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان

١٦٨.**شرح مختصر الروضة** .

تأليف: نجم الدين الطوفي ، تحقيق د . عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة الثالثة،١٤١٩هـ — ١٩٩٨م،مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان.

١٦٩.**شرح معاني الآثار**.

تأليف : أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي ،تحقيق :محمد زهري النجار ،دار الكتب العلمية بيروت .

١٧٠.**شرح منتهى الإرادات**.

تأليف :منصور بن يونس البهوتي،تحقيق :د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ،الطبعة الأولى ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م،مؤسسة الرسالة

١٧١.**شرح مشكل الآثار** .

تأليف: أبي جعفر الطحاوي ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان .

١٧٢.**الصحاح** .

تأليف :إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطـــار ،دار العـــالم للملايين الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م .

١٧٣.**الصحاح في اللغة والعلوم.**

تأليف :نديم مرعشلي ،دار الحضارة العربية ،بيروت الطبعة الأولى.

١٧٤.**صحيح البخاري (مع الفتح)** .

تأليف: محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق محب الدين الخطيب ، الطبعة الثانيـــة ، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م ، دار الريان للتراث ، القاهرة .

١٧٥.**صحيح الجامع الصغير وزيادته** .

تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٦هـ — ١٩٨٦م، المكتب الإسلامي .

١٧٦.**صحيح ابن حبان** .

تأليف: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمـــي البســـتي،تحقيـــق : شـــعيب الأرنؤوط،الطبعة الثانية ١٤١٤هـ — ١٩٩٣م،مؤسسة الرسالة بيروت

١٧٧.**صحيح سنن الترمذي** .

تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ —٢٠٠٠م ، مكتبة المعارف .

١٧٨.**صحيح سنن أبي داود** .

تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ —١٩٩٨م ، مكتبة المعارف .

١٧٩.**صحيح سنن النسائي** .

تأليف الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ —١٩٩٨م ، مكتبة المعارف .

١٨٠.**صحيح مسلم** (وبحاشيته شرح النووي).

تأليف الإمام مسلم بن الحجاج ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ — ١٩٩٥م ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

١٨١.**صفوة الصفوة .**

تأليف : عبد الرحمن بن علي بن محمد أبو الفرج،تحقيق : محمود فاخوري - د.محمد رواس قلعه جي ،الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ — ١٩٧٩م،دار المعرفة بيروت .

١٨٢.**ضعيف سنن أبي داود .**

تأليف :الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ —١٩٩٨م ، مكتبة المعارف .

١٨٣.**ضعيف سنن النسائي .**

تأليف :الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ —١٩٩٨م ، مكتبة المعارف .

١٨٤. **الضعفاء والمتروكين.**

تأليف: عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج،تحقيق : عبد الله القاضي، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ، دار الكتب العلمية بيروت .

١٨٥.**طبقات الحفاظ .**

تأليف : عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي أبو الفضل الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ،دار الكتب العلمية بيروت

١٨٦.**طبقات الحنابلة .**

تأليف : محمد بن أبي يعلى أبو الحسين،تصحيح :محمد حامد الفقي ،دار المعرفة بيروت .

١٨٧. **طبقات الخياط .**

تأليف: خليفة بن خياط أبو عمر الليثي العصفري،تحقيق : د. أكرم ضياء العمري ،الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ— ١٩٨٢م،دار طيبة ،الرياض.

١٨٨.**طبقات الشافعية .**

تأليف :أبي عاصم محمد بن أحمد العبادي،مكتبة البلدية بالإسكندرية .

١٨٩.**طبقات الشافعية .**

تأليف :ابن قاضي شهبة ، تحقيق د . حافظ عبد العليم خـــان ، ١٤٠٨هــــ — ١٩٨٧م ، عالم الكتب ، دار الندوة .

١٩٠.**طبقات الشافعية .**

تأليف :جمال الدين الأسنوي ، تحقيق كمال يوسف الحـــوت ، الطبعـــة الأولى ، ١٤٠٧ هـــ — ١٩٨٧م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

١٩١.**طبقات الشافعية.**

تأليف: تقي الدين أبو عمرو بن الصلاح ،تحقيـــق :محـــي الديـــن علـــي نجيـــب ،١٤١٣هـــ،دار البشائر الإسلامية.

١٩٢.**طبقات الشافعية الكبرى .**

تأليف: تاج الدين السبكي ، تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو ، دار إحياء الكتب العربية .

١٩٣.**طبقات الشعراء.**

تأليف :محمد بن عبد الله بن مسلم بن قتيبة ،تحقيق :مفيد قميحة ،دار الكتب العلمية ،الطبعة الثانية ١٤٠٥هـــ .

١٩٤.**طبقات الفقهاء للشيرازي .**

تأليف : إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق ،تحقيق : خليـــل الميـــس ،دار القلم، بيروت .

١٩٥.**طبقات الفقهاء الشافعيين .**

تأليف: الإمام ابن كثير ، تحقيق د .أحمد عمر هاشم ود.محمد زينهم محمد غـــرب ، ١٤١٣هــــ — ١٩٩٣م ، مكتبة الثقافة الدينية ، مصر .

١٩٦.**الطبقات الكبرى .**

تأليف: محمد بن سعد ،، دار صادر بيروت .

١٩٧.**طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف .**

تأليف : تأليف :أبو الفتح محمد بن عبد الحميد الأسمندي ،تحقيق :محمد زكي عبد البر ،دار التراث القاهرة ١٤١٠.

١٩٨.**طلبة الطلبة .**

تأليف :نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي /علق عليه :أبو عبد الله محمد حسن محمد الشافعي /دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٧م .

١٩٩.**العبر .**

تأليف: شمس الدين الذهبي ، تحقيق أبي هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م ، دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان.

٢٠٠.**عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة .**

تأليف :جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ،تحقيق :محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور ،دار الغرب الإسلامي .

٢٠١.**العقد المذهب في طبقات حملة المذهب .**

تأليف :سراج الدين ابن الملقن ، تحقيق أيمن نصر الأزهري وسيد مهنى ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ — ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٠٢.**علل الحديث لابن أبي حاتم**

تأليف: عبد الرحمن بن محمد الرازي ،تحقيق: محب الدين الخطيب ،دار المعرفة ،بيروت لبنان .

٢٠٣.**علل الدار قطني .**

تأليف : علي بن عمر بن أحمد بن مهدي أبو الحسن الدارقطني ،تحقيق : د. محفوظ الرحمن زين الله السلفي،الطبعة :: الأولى ١٤٠٥ — ١٩٨٥،دار طيبة الرياض.

٢٠٤.**العلل المتناهية في الأحاديث الواهية.**

تأليف : عبد الرحمن بن علي بن الجوزي،تحقيق : خليــل الميــس،الطبعــة : الأولى ١٤٠٣هـــ دار الكتب العلمية بيروت .

٢٠٥.**علل المديني** .

تأليف : علي بن عبد الله بن جعفر السعدي المديني ،تحقيــق : محمــد مصطفــى الأعظمي ،الطبعة الثانية ١٩٨٠م،المكتب الإسلامي.

٢٠٦.**عمدة القارئ شرح صحيح البخاري.**

تأليف :أبي محمد محمود بن أحمد العيني ،دار الفكر ١٣٩٩هـــ،١٩٧٩م.

٢٠٧.**عيون المجالس** .

تأليف:القاضي عبد الوهاب البغدادي رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقــه بالجامعــة الإسلامية ،تحقيق :مباي كيبا كاة .

٢٠٨.**عيون المسائل في فروع الحنفية** .

تأليف :نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي ،تحقيق سيد محمد مهنى، منشـــورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنــان الطبعــة الأولى ١٤١٩هــــ-١٩٩٨م.

٢٠٩.**العناية شرح الهداية** ، (بهامش فتح القدير) .

تأليف: محمد بن محمود البابرتي ، دار إحياء الفكر ، بيروت ، لبنان .

٢١٠.**غاية البيان شرح زبد ابن رسلان**

تأليف : محمد بن أحمد الرملي الأنصاري ،دار المعرفة بيروت

٢١١.**الغاية القصوى في دراية الفتوى** .

تأليف القاضي عبد الله بن عمر البيضاوي ،تحقيق علي داغي ،دار الصلاح.

٢١٢.**غاية الوصول شرح لب الأصول** .

تأليف :زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصاري ، شـــركة مكتبــة ومطبعــة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية.

٢١٣. **غريب الحديث** .

تأليف :أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ،دار الكتب العلمية .

٢١٤.**غريب الحديث** .

تأليف :أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي،تحقيق ،د. عبد المعطي أمين قلعجي ،الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ-١٩٨٥م ،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان .

٢١٥.**غريب الحديث** .

تأليف عبد الله بن مسلم الدينوري ،اعتنى به نعيم زرزور ،الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية للبستي

٢١٦.**غنية الفقيه في شر ح التنبيه** .

تأليف :أحمد بن موسى بن يونس ،رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية ،إعداد :مزياني محمد.

٢١٧.**الفائق في غريب الحديث** .

تأليف :جار الله محمود الزمخشري ،تحقيق:علي محمد ،ومحمد أبو الفضل إبراهيم،نشر عيسى البابي الحلبي ،القاهرة ،الطبعة الثانية.

٢١٨.**فتاوى ابن الصلاح** .

تأليف: عثمان بن عبد الرحمن بن عثمان الشهرزوي أبو عمرو،تحقيق : د. موفق عبد الله عبد القادر،مكتبة العلوم والحكم ، عالم الكتب،الأولى.

٢١٩.**الفتاوى الهندية** .

الطبعة الثانية ١٣١٠،مصر –المطبعة الأميرية .

٢٢٠.**فتح الباري شرح صحيح البخاري** (مع الصحيح) .

تأليف :الحافظ ابن حجر ، تحقيق محب الدين الخطيب ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م ، دار الريان للتراث ، القاهرة .

٢٢١.**فتح الجواد بشرح الإرشاد** (بهامشه حاشية عليه لمؤلفه).

تأليف ابن حجر الهيتمي ، الطبعة الثانية ، ١٣٩١هـ — ١٩٧١م ، مكتبة البابي الحلبي ، مصر .

٢٢٢. **فتح العزيز شرح الوجيز**(الشرح الكبير).

تأليف :الإمام الرافعي ، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ — ١٩٩٧م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٢٣.**فتح القدير** (مع متنه الهداية).

تأليف: كمال الدين ابن الهمام ، دار الفكر ، بيروت،لبنان.

٢٢٤.**فتح الملك العزيز شرح الوجيز**.

تأليف :**أبي الحسن علي بن بهاء البغدادي** ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية ،تحقيق :إبراهيم بن مبارك بن دهمش السناني .

٢٢٥.**فتح المنان**.

تأليف :محمد بن علي بن محسن ،مراجعة عبد الله الحبشي،الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م،مؤسسة الكتب الثقافية،مكتبة الجيل الجديد

٢٢٦.**فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب** .

تأليف :شيخ الإسلام زكريا بن أحمد الأنصاري ، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ — ١٩٩٨م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٢٧.**فوات الوفيات** .

تأليف :محمد بن شاكر الكتبي ،تحقيق :إحسان عباس ،دار صادر بيروت.

٢٢٨.**فواتح الرحموت** .

تأليف:عبد العلي محمد الأنصاري ،الطبعة الأولى ١٤١٨هـ دار إحياء التراث

٢٢٩.**الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**.

تأليف : أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي،دار الفكر بيروت ١٤١٢هـ.

٢٣٠.**فيض القدير**.

تأليف : عبد الرؤوف المناوي،تحقيق نخبة من العلماء المكتبة التجارية الكبرى ،مصر ،الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ.

٢٣١.**فهرس مخطوطات الفقه الشافعي والحنبلي في قسم المخطوطات بالجامعة الإسلامية** ، إعداد عمادة شؤون المكتبات ، ١٤١٧هـ .

٢٣٢.**الفهرست.**

تأليف: محمد بن إسحاق أبو الفرج النديم ،دار المعرفة بيروت ،١٣٩٨هـ.

٢٣٣.**القاضي أبو الطيب وأراءه الأصولية.**

تأليف: سعيد برهان رسالة دكتوراه ،مقدمة إلى قسم أصول الفقه في الجامعة الإسلامية.

٢٣٤.**القاموس المحيط .**

تأليف: محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، تحقيق: يوسف الشيخ ،إشراف :مكتب البحوث والدراسات دار الفكر بيروت ، لبنان .

٢٣٥.**قلب الحجاز.**

تأليف: عاتق بن غيث البلادي —دار مكة ،الطبعة الأولى .

٢٣٦.**قواطع الأدلة.**

تأليف:منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ،تحقيق :د. علي بن عباس بن عثمان الحكمي ،الطبعة الأولى ١٤١١هـ،مكتبة التوبة.

٢٣٧.**قواعد ابن رجب .**

تأليف :عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ،تحقيق :أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ،دار عفان الطبعة الأولى ١٤١٩هـ،١٩٩٨م.

٢٣٨.**قوانين الأحكام الشرعية .**

تأليف : محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي.

٢٣٩.**الكافي في فقه أهل المدينة المالكي .**

تأليف: الإمام ابن عبد البر، الطبعة الثانية ، ١٤١٣ هـ — ١٩٩٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٤٠. **الكافي لابن قدامه .**

تأليف: عبد الله بن قدامة المقدسي،تحقيق : زهير الشاويش ،الطبعة الخامسة ١٤٠٨ — ١٩٨٨،المكتب الإسلامي.

٢٤١. **الكامل في ضعفاء الرجال .**

تأليف: الحافظ أبي محمد عبد الله بن عدي الجرجاني ، تحقيق :يحيى مختار غزاوي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٩هـ — ١٩٨٨م ، ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .

٢٤٢. **كشاف القناع على متن الإقناع .**

تأليف : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،تحقيق : هلال مصيلحي مصطفى هلال،دار الفكر بيروت .

٢٤٣. **كشف الأسرار عن أصول البزدوي .**

تأليف : علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ،تحقيق :محمد المعتصم،الناشر دار الكتاب العربي .

٢٤٤. **كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس .**

تأليف :إسماعيل بن محمد العجلوني ، تحقيق :أحمد القلاش ، مكتب التراث الإسلامي ، حلب .

٢٤٥. **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون .**

تأليف: مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي الشهير بحاجي خليفة ،دار الكتب العلمية .

٢٤٦. **كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني.**

تأليف : أبو الحسن علي بن محمد المالكي،تحقيق : يوسف الشيخ محمد البقاعي ،دار الفكر بيروت .

٢٤٧. **كفاية الأخيار.**

تأليف :أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي ،تحقيق :الشيخ كامل محمد محمد عويضة ،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان .

٢٤٨. **الكنى والأسماء.**

تأليف : مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري أبو الحسين، تحقيق :د. عبد الرحيم محمد أحمد القشقري،الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ المجلس العلمي الجامعة الإسلامية المدينة المنورة.

٢٤٩. **كنز الدقائق .**

تأليف: عبد الله بن أحمد النسفي ،مطبوع مع تبين الحقائق.

٢٥٠. **اللباب في تهذيب الأنساب .**

تأليف :عز الدين ابن الأثير الجزري ، ١٤٠٠هـ — ١٩٨٠م ، دار صادر ، بيروت ، لبنان .

٢٥١. **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب .**

تأليف:جمال الدين أبو محمد علي زكريا المسبحي ،دار القلم دمشق ،الطبعة الثانية.

٢٥٢. **اللباب في شرح الكتاب.**

تأليف :عبد الغني الغنيمي الميداني ،دار الكتب العلمية بيروت.

٢٥٣. **اللباب في الفقه الشافعي.**

تأليف :القاضي أبي الحسن أحمد بن محمد المحاملي ،تحقيق:أ.د. عبد الكريم العمري ،الطبعة الأولى ١٤١٦هـ،دار البخاري .

٢٥٤. **لسان العرب .**

تأليف :ابن منظور ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٤هـ — ١٩٩٤م ، دار صادر ، بيروت ، لبنان. .

٢٥٥. **لسان الميزان .**

تأليف :الحافظ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني،تحقيق : دائرة المعرف النظامية – الهند –الطبعة الثالثة ١٤٠٦هـ،١٩٨٦م،مؤسسة الأعلمي للمطبوعات.

٢٥٦.**المبدع في شرح المقنع.**

تأليف : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي،المكتب الإسلامي ١٤٠٠هـ

٢٥٧.**المبسوط .**

تأليف: شمس الدين السرخسي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ — ١٩٩٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٥٨.**المجروحين .**

تأليف : أبي حاتم محمد بن حبان البستي،تحقيق :محمود إبراهيم ،دار الوعي حلب.

٢٥٩.**مجمع بحار الأنوار في غرائب التتريل ولطائف الأخبار .**

تأليف :محمد طاهر الصديقي الفتني ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م ، مكتبة دار الإيمان ، المدينة المنورة .

٢٦٠.**مجمع الزوائد ومنبع الفوائد .**

تأليف: أبي بكر الهيثمي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .

٢٦١.**المجموع شرح المهذب .**

تأليف :الإمام النووي ، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة .

٢٦٢.**مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية .**

جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، ١٤١٦هـ — ١٩٩٥م ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، المدينة المنورة .

٢٦٣.**المحصول في علم الأصول.**

تأليف : محمد بن عمر بن الحسين الرازي ،الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض .

٢٦٤.**المحكم والمحيط الأعظم .**

تأليف :علي بن إسماعيل بن سيده،تحقيق مصطفى السقا ،د.حسن نصار ،الطبعة الأولى ١٣٧٧هـ-١٩٥٨،شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٢٦٥.**المحلى** .

تأليف : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي دار الآفاق الجديدة بيروت

٢٦٦.**مختصر اختلاف العلماء** .

تأليف :أبي بكر أحمد بن علي الجصاص ،تحقيق :عبد الله نذير أحمد ،الطبعة الأولى ١٤١٦،دار البشائر الإسلامية .

٢٦٧.**مختصر خلافيات البيهقي**.

تأليف :أحمد بن فرج اللخْمِي ،تحقيق : ذياب عبد الكريم ذياب ،الطبعة الأولى ١٤١٧هـ،١٩٩٧م،مكتبة الرشد- الرياض.

٢٦٨.**مختصر خليل**(مطبوع مع حاشية الدسوقي) .

٢٦٩.**مختصر الروضة** (مع شرحه).

تأليف: نجم الدين الطوفي ، تحقيق د . عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة الثالثة،١٤١٩هـ — ١٩٩٨م،مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان.

٢٧٠.**مختصر الطحاوي** .

تأليف :أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي ،تحقيق :أبي الوفاء الأفغاني ،دار إحياء العلوم،الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ-١٩٨٦.

٢٧١.**مختصر المزني** .

تأليف: الإمام إسماعيل بن يحيى المزني مطبوع مع كتاب الأم في الجزء التاسع منه .

٢٧٢.**المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل** .

تأليف: عبد القادر بن بدران ،تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ،الطبعة الثانية ،مؤسسة الرسالة .

٢٧٣.**المدونة** .

تأليف :الإمام مالك بن أنس ،دار صادر —بيروت- لبنان.

٢٧٤.**المذهب عند الشافعية** .

تأليف: محمد بن الطيب بن محمد اليوسف الطبعة الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م مكتبة دار البيان الحديثة المملكة العربية السعودية –الطائف.

٢٧٥. **مراتب الإجماع .**

تأليف :الإمام ابن حزم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٧٦. **المراسيل .**

تأليف :الإمام سليمان بن الأشعث السجستاني ، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثانية ، ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان .

٢٧٧. **المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي من دون إخوانه الأئمة .**

تأليف: الحافظ ابن كثير الدمشقي ،تحقيق :د. إبراهيم علي صندقجي ،الطبعة الأولى ١٤٠٦-١٩٨٦م،مكتبة العوم والحكم - المدينة النبوية .

٢٧٨. **المستدرك على الصحيحين.**

تأليف: الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ – ١٩٩٠م، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٧٩. **المستصفى من علم الأصول .**

تأليف: أبي حامد الغزالي ، تحقيق د . حمزة زهير حافظ ،شركة المدينة للطباعة والنشر.

٢٨٠. **مسند أبي حنيفة .**

تأليف: أحمد بن عبد الله بن أحمد الأصبهاني أبو نعيم،تحقيق : نظر محمد الفاريابي،مكتبة الكوثر ،الرياض الطبعة الأولى ١٤١٥هـ .

٢٨١. **مسند الإمام أحمد .**

تأليف :الإمام أحمد بن حنبل ،مؤسسة قرطبة مصر .

٢٨٢. **مسند الإمام الشافعي .**

الطبعة الأولى ، ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٨٣. **مسند أبي عوانة .**

تأليف: أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الإسفرائيني،تحقيق : أيمن بن عارف الدمشقي ،الطبعة الأولى ١٩٩٨م،دار المعرفة بيروت .

٢٨٤.**مسند أبي يعلى الموصلي .**

تأليف الحافظ أحمد بن علي بن المثنى التميمي ، تحقيق حسين سليم أسد ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢هـ — ١٩٩٢م، دار الثقافة العربية .

٢٨٥.**مشاهير علماء الأمصار .**

تأليف : محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي،دار الكتب العلمية بيروت.

٢٨٦.**مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة .**

تأليف : أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني، تحقيق محمد المنتقى الكشناوي الطبعة الثانية ١٤٠٣،دار العربية لبنان .

٢٨٧.**المصباح المنير .**

تأليف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، ١٩٩٠م ، مكتبة لبنان ، بيروت ، لبنان .

٢٨٨.**المصنف في الأحاديث والآثار .**

تأليف :الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ، تحقيق :عامر العمري الأعظمي ،الدر السلفية الهند .

٢٨٩.**المصنف .**

تأليف :الحافظ عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م ، المكتب الإسلامي .

٢٩٠. **المطلع على أبواب الفقه .**

تأليف :محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله ،تحقيق : محمد بشير الأدلبي،المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠١ — ١٩٨١.

٢٩١.**معالم التنزيل** (تفسير البغوي) .

تأليف: الإمام الحسين بن مسعود البغوي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ — ١٩٩٣م، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٩٢.**معالم السنن** .

تأليف: الإمام الخطابي ، (بحاشية السنن) ، تحقيق عزت عبيد دعاس ، الطبعة الأولى ، ١٣٨٨هـ – ١٩٦٩ م ، دار الحديث ، حمص ، سوريا .

٢٩٣.**المعاني البديعة في معرفة اختلاف الشريعة** .

تأليف :محمد بن عبد الله الصردفي الريمي ،سيد محمد مهنى، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٢٩٤.**المعجم الأوسط** .

تأليف: الحافظ أبي القاسم الطبراني ، تحقيق :طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسين ،دار الحرمين القاهرة.

٢٩٥.**معجم البلدان** .

تأليف: ياقوت الحموي، دار الفكر بيروت.

٢٩٦.**المعجم الصغير** (الروض الداني إلى المعجم الصغير للطبراني).

تأليف: الحافظ أبي القاسم الطبراني ، تحقيق محمد شكور محمد الحاج ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م، المكتب الإسلامي ودار عمار.

٢٩٧.**معجم الصحابة**.

تأليف : عبد الباقي بن قانع أبو الحسين ،تحقيق : صلاح بن سالم المصراتي الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ،مكتبة لغرباء الأثرية المدينة المنورة

٢٩٨.**المعجم الكبير** .

تأليف الحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٤م ، مكتبة العلوم والحكم .

٢٩٩.**معجم المؤلفين**.

تأليف: عمر رضا كحالة ، مكتبة المثنى ودار إحياء التراث العربي ، بيروت .

٣٠٠.**معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع**.

تأليف عبد الله بن عبد العزيز البكري الأندلسي أبو عبيد،تحقيق:مصطفى السقاءالطبعة الثالثة ،عالم الكتب بيروت .

٣٠١.**معجم مقاييس اللغة .**

تأليف :أبي الحسين أحمد بن فارس ، تحقيق عبد السلام هارون ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ — ١٩٩١م ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان .

٣٠٢.**معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء.**

تأليف :نزيه حماد ،الطبعة الثالثة ١٤١٥هـ،١٩٩٥م،الدار العالمية للكتاب الإسلامي الرياض.

٣٠٣.**معجم المناهي اللفظية .**

تأليف :الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٧هـ — ١٩٩٦م ، دار العاصمة الرياض .

٣٠٤.**المعجم الوسيط .**

تأليف: إبراهيم مصطفى وزملائه ، الطبعة الثانية ، المكتبة الإسلامية ، استانبول ، تركيا .

٣٠٥.**معرفة الثقات .**

تأليف : أحمد بن عبد الله بن صالح أبو الحسن العجلي الكوفي،تحقيق ،عبد العليم عبد العظيم البستوي، الطبعة الأولى ١٤٠٥،مكتبة الدار المدينة المنورة .

٣٠٦.**معرفة السنن والآثار .**

تأليف :الإمام البيهقي ، تحقيق :د.عبد المعطي قلعجي ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ — ١٩٩٠م ، دار قتيبة ،بيروت،دار الوعي سورية ،دار الوفاء مصر ،جامعة الدرسات الإسلامية ،كراتشي .

٣٠٧.**المعونة على مذهب عالم المدينة .**

تأليف :القاضي عبد الوهاب البغدادي ،تحقيق :حميش عبد الحق ،المكتبة التجارية .

٣٠٨.**معونة أولى النهى شرح المنتهى .**

تأليف :الفتوحي ابن النجار ،تحقيق د.عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ،دار خضر .

٣٠٩. **المغني** .

تأليف: الإمام ابن قدامة ، تحقيق د . عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتـــاح الحلو ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـــ — ١٩٨٨م ، هجر للطباعة والنشر،القاهرة،مصر.

٣١٠. **المغني في الضعفاء** .

تأليف : شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي،تحيق :نور الدين عتر.

٣١١. **مغني اللبيب عن كتب الأعاريب** .

تأليف أبي محمد عبد الله بن يوسف بن هشام الأنصاري ، تحقيق محمد محيي الديـــن عبد الحميد ، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده .

٣١٢. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، (بحاشية المنهاج).

تأليف :محمد الشربيني الخطيب ، دار إحياء التراث العربي ،بيروت لبنان.

٣١٣. **المقادير الشرعية والأحكام المتعلقة بها** .

تأليف :محمد نجم الدين الكردي ،مطبعة السعادة .

٣١٤. **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة** .

تأليف: شمس الدين السخاوي ، تحقيق عبد الله محمد الصديق ، الطبعـــة الثانيـــة ، ١٤١٢هـــ — ١٩٩١م، مكتبة الخانجي ، القاهرة .

٣١٥. **المقتنى في سرد الكنى**.

تأليف : شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي،تحقيق : محمد صالح عبد العزيز المـــراد ،الجامعة الإسلامية المجلس العلمي ١٤٠٨هـــ.

٣١٦. **مقدمة ابن الصلاح**.

تأليف أبو عمرو بن الصلاح (مطبوع مع التقييد والإيضاح) مؤسسة الكتب الثقافيـة بيروت لبنان ،الطبعة الثانية ١٤١٣هـــ-١٩٩٣م

٣١٧. **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد** .

تأليف : برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح،تحقيق : عبد الرحمن بن سليمان العثيمين،الطبعة الأولى ١٤١٠هـ-١٩٩٠،مكتبة الرشد للنشر والتوزيع.

٣١٨.**مناقب الشافعي** .

تأليف :أحمد بن الحسين البيهقي ،تحقيق :السيد أحمد صقر-دار التراث –الطبعة الأولى ١٣٩٠هـ .

٣١٩.**المنتظم في تاريخ الأمم والملوك** .

تأليف :أبي الفرج عبد الرحمن بن الجوزي ، تحقيق :محمد عبد القادر عطا ،ومصطفى عبد القادر ،دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٣٢٠.**المنتقى (شرح موطأ الإمام مالك)** .

تأليف: الإمام الباجي ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .

٣٢١.**المنتقى لابن الجارود** .

تأليف : عبد الله بن علي بن الجارود أبو محمد النيسابوري ،تحقيق : عبدالله عمر البارودي،الطبعة الأولى،مؤسسة الكتب الثقافية بيروت.

٣٢٢.**المنثور في القواعد**.

تأليف : محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله،تحقيق :د. تيسير فائق أحمد محمود ،الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،الكويت.

٣٢٣. **منح الجليل شرح مختصر خليل**.

تأليف :محمد عليش ،دار الفكر بيروت

٣٢٤.**المنخول**.

تأليف : أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي،الطبعة الثانية ،دار الفكر.

٣٢٥.**منهاج الطالبين** (مطبوع مع مغني المحتاج) .

تأليف: الإمام النووي .

٣٢٦.**منهاج الأصول** (مع نهاية السول).

تأليف ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي ، ، عالم الكتب .

٣٢٧.**منهج الطلاب** (مع شرحه فتح الوهاب) .

تأليف :شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ، ١٤١٤هـــــ – ١٩٩٤م ، دار الفكـــر ، بيروت ، لبنان .

٣٢٨.**المهذب** .

تأليف :أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، تحقيق :الشيخ زكريـــا عمـــيرات ،الطبعة الأولى ١٤١٦هـــ دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان.

٣٢٩.**الموافقات** .

تأليف :إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي،تحقيق :مشهور حسن آل ســــليمان ، الأولى ١٤١٧-١٩٩٧ م،دار عفان .

٣٣٠.**مواهب الجليل**.

تأليف: أبي عبد الله بن محمد بن محمد المغربي ،دار الفكر ،الطبعة الثالثة ١٤١٢هـــــ. ١٩٩١م.

٣٣١.**موسوعة فقه ابن عباس** .

تأليف :محمد رواس قلعه جي ،جامعة أم القرى ،معهد البحـــوث العلميـــة وإحيـــاء التراث .

٣٣٢.**الموسوعة العربية العالمية** .

إعداد عدة باحثين ،الناشر: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع.

٣٣٣.**الموضوعات** .

تأليف: أبي الفرج ابن الجوزي ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، الطبعة الثانيـــة ، ١٤٠٣هـــ – ١٩٨٣م ، دار الفكر .

٣٣٤.**الموطأ**.

تأليف: الإمام مالك بن أنس،تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العـــربي

،بيروت،لبنان.

٣٣٥.**ميزان الاعتدال.**

تأليف: شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي،تحقيق: علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود،دار الكتب العلمية،لبنان الطبعة الأولى ١٩٩٥م.

٣٣٦.**النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة .**

تأليف:أبي المحاسن يوسف بن تغري ، تحقيق :محمد حسين شمس الدين ، الطبعة الأولى،١٤١٣هـ – ١٩٩٢م،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.

٣٣٧.**نصب الراية لأحاديث الهداية .**

تأليف: جمال الدين الزيلعي ، الطبعة الثانية ، مكتبة الرياض الحديثة .

٣٣٨.**النظم المستعذب في شرح غريب المهذب** (بحاشية المهذب) .

تأليف: ابن بطال الركبي ، دار الفكر .

٣٣٩.**نهاية السول في شرح منهاج الأصول .**

تأليف: جمال الدين الأسنوي ، (ومعه سلم الوصول للمطيعي) ، عالم الكتب .

٣٤٠.**النهاية في غريب الحديث .**

تأليف مجد الدين ابن الأثير الجزري ، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان .

٣٤١.**نهاية الوصول إلى علم الأصول :**

تأليف :أحمد بن علي بن تغلب الساعاتي ،تحقيق د.سعد غرير السلمي جامعة أم القرى معهد البحوث ،وإحياء التراث الإسلامي ،جامعة أم القرى مكة المكرمة .

٣٤٢.**نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج .**

تأليف : شمس الدين الرملي (الشافعي الصغير) ، الطبعة الأخيرة ، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .

٣٤٣.**نيل الأوطار .**

تأليف :محمد بن علي بن محمد الشوكاني خرج أحاديثه وعلق عليه ،عصام الدين الصبابطي ،دار زمزم الرياض ،طبع ونشر دار الحديث ،مصر الطبعة الأولى ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

٣٤٤. **الهداية** (مع شرحه فتح القدير).

تأليف: برهان الدين أبي الحسن المرغيناني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

٣٤٥. **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون** .

تأليف:إسماعيل باشا البغدادي،١٤١٠هـ — ١٩٩٠م،دار الفكر،بيروت،لبنان.

٣٤٦. **الوافي بالوفيات** .

تأليف:صلاح الدين الصفدي، اعتناء مجموعة من المستشرقين ،دار النشر ،فرانز شتايز شتوغارت.

٣٤٧. **الودائع لمنصوص الشرائع** .

تأليف :أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج ،تحقيق :صالح بن عبد الله الدويش رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الفقه بالجامعة الإسلامية .

٣٤٨. **الوجيز**.

تأليف :أبي حامد الغزالي ، توزيع دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة ،الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٣٤٩. **الوسيط في المذهب** .

تأليف الإمام أبي حامد الغزالي ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ،ومحمد محمد تامر ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ — ١٩٩٧م ، دار السلام ، مصر .

ثامناً فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

مسائل أجاب فيها المزني على معنى قول الشافعي وقياسه

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة